Störungsansprüche des Mieters gegen Dritte

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Wilhelm Kregel
Gerichtsreferendar aus Hannover

Marburg 1931

Druck von A. W. Zickfeldt, Osterwieck am Harz

Als Dissertation von der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 20. 2. 1931
Berichterstatter: Geh. Justizrat Prof. Dr. F. Leonhard

Meinen lieben Eltern

Gliederung.

Schrifttum.

A. Lehrbücher und Kommentare.

Biermann: Sachenrecht. 3. Aufl. 1914.
Binding: Lehrb. d. Strafrechts. Bd. I. 1902.
Cosack-Mitteis: Lehrb. d. Bürgerl. Rechts. Bd. II, 1. 1924.
Cosack: Lehrb. d. Bürgerl. Rechts. Bd. I. 7. Aufl. 1922.
Crome: System d. deutschen Bürgerl. Rechts. 1905.
Dernburg: Das Bürgerliche Recht. Bd. III. 1908. Bd. II, 1. 1915.
Endemann: Lehrb. d. Bürgerl. Rechts. 8. Aufl.
Enneccerus-Lehmann: Schuldverhältnisse. 1930.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrb. d. Bürgerl. Rechts. 10. Aufl.
Frank: Strafgesetzbuch. 16. Aufl. 1925.
v. Gierke: Deutsches Privatrecht. Bd. II. 1905. Bd. III. 1917.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. II. 1912.
Heck: Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.
Hedemann: Schuldrecht. 1921. Sachenrecht. 1924.
Kohler: Lehrb. d. Bürgerl. Rechts. Bd. II, 2. 1919.
Kretzschmar: Das Sachenrecht. 1906.
Kuhlenbeck: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. 1904.
Landsberg: Das Recht des Bürgerl. Gesetzbuchs. 1904.
Leonhard, Fr.: Das römische Recht, in: Birkmeyers Enzyklopädie. 1904.
Leonhard, Fr.: Erbrecht. 2. Aufl. 1912.
Leonhard, Fr.: Bürgerliches Recht. Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen. 2. Aufl. 1926.
Leonhard, Fr.: Allgemeines Schuldrecht des BGB. 1929.
Maenner: Das Sachenrecht. 2. Aufl. 1906.
Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse. II, 1. 1928. II, 2. 1929.
Planck: Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch. Bd. II, 2. 1928. Bd. III. 1920.
Reichsgerichtsräte-Kommentar. 6. Aufl.
Rosenberg: Sachenrecht. 1. Halbbd. 1919.
Scherer: Recht der Schuldverhältnisse. 1899.
Staudinger: Kommentar zum BGB. 9. Aufl. Bd. II, 3. Bd. III, 1.
Stobbe-Lehmann: Handbuch d. Bürgerl. Rechts. Bd. III. 1898.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch d. Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.
Wolff: Sachenrecht. 1927.

B. Spezialliteratur.

Bartels: Ausführungen zur Besitzlehre des BGB. in: Gruchots Beitr. 42, 465 ff.
Bauer: Der Begriff des Schutzgesetzes in § 823 II. Diss. Marburg 1907.
Bekker: Aphorismen zur Besitzlehre. 1902.
Bendix: Besitzlehre nach dem BGB. in: Recht 1900 S. 45, 69.
Béranger: Über die Ausdehnung der im BGB. gewährten Unterlassungsklage. Diss. Marburg 1923.
Binder: Der Gegenstand, in: ZHR. 59 S. 1 ff.
v. Blume: Unterlassungsanspruch u. -klage, in: Festschr. f. Güterbock. S. 383 ff.
Brückner: Die Miete von Wohnungen. 2. Aufl. 1902.
Bruns: Besitzerwerb durch Interessenvertreter. 1910.
Bunsen: Besitzschutz im BGB., in: Arch. f. Bürg. Recht 23 S. 69 ff.
Buß: Der Begriff des Schutzgesetzes in § 823, II. Diss. Marburg 1922.
Cohn: Untersuchungen zu § 254 BGB., in: Gruchot 43 S. 376 ff.
Crome: Die juristische Natur der Miete, in: Iher. Jahrb. 37 S. 1 ff.

Detmold: Der Begriff des Schutzgesetzes. Festschr. f. Regelsberger. 1901. S. 317 ff.
Ebbecke: Schadensersatzpflicht aus Verletzung des Forderungsrechts durch Dritte, in: Recht 1912 S. 333 ff.
Eccius: Schuldhafte Verletzung des Besitzes, in: Gruchot 53 S. 8 ff.
Eccius: Zur Frage der Dinglichkeit der Miete und Pacht, in: Gruchot 46 S. 572.
Eltzbacher: Die Unterlassungsklage. Berlin 1906.
Eltzbacher: Die Handlungsfähigkeit. Bd. I. Berlin 1903.
Fischer, H. A.: Der Schaden nach dem BGB. Jena 1903.
Fischer, O. Chr.: Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung. Jena 1905.
Flad: Von der Unterlassungsklage . . ., in: Iher. Jahrb. 70 S. 336 ff.
Fuchs: Probleme des Sachenrechts, in: Gruchot 46 S. 549.
Fuchs: Die Dinglichkeit von Miete und Pacht, in: Gruchot 46 S. 840.
Fuld: Unterlassungs- und Schadensersatzklage, in: Sächs. Arch. 12 S. 257.
Fuld: Urheberrecht an Zeitungsartikeln, in: Gruchot 47 S. 373 ff.
Ganz: Die tatsächliche Gewalt beim Besitz. Diss. Marburg 1914.
Hagen: Eigentum an Forderungen. Diss. Marburg 1929.
Hesse: Der Schutz des Mieters gegen Dritte. Diss. Halle 1900.
Hörig: Rauch, Ruß, Geräusch und ähnliche Einwirkungen. 1906.
Josef: Zwei Fragen aus der Lehre vom Besitz, in: LZ. 1925 S. 930 ff.
Jung: Delikt und Schadensverursachung. Heidelberg 1897.
Jung: Erörterungen zum deutschen Bürgerlichen Gesetzb., in: Iher. Jahrb. 69 S. 30 ff.
Kiß: Verleitung zur Vertragsverletzung. Festschr. f. Zitelmann. 1913.
Köhler: Der Eingriff in den Besitz. Diss. Marburg 1921.
König: Hat der Grundstücksmieter ein dingliches Recht? Diss. Leipzig 1901.
Kreß: Besitz und Recht. 1909.
Lau: Der Unterlassungsanspruch aus den §§ 823 ff., in: Gruchot 47 S. 497 ff.
Lehmann: Die Unterlassungspflicht im bürgerl. Recht. 1906.
Lenel: Zum Begriff der unerlaubten Handlung im BGB., in: DJZ. 1897 S. 409 ff.
Leonhard, Fr.: Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.
Lesser: Die Unterlassungsklage bei unerlaubter Handlung, in: Arch. f. Bürg. Recht 38 S. 102 ff.
Linckelmann: Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen. 1898.
Linckelmann: Die Bedeutung gesetzlicher Zwangspflichten f. d. Schadensersatzrecht, in Arch. f. Bürg. Recht 13 S. 88.
v. Lippmann, Zur Frage der Unterlassungsklage . . ., in: Seuff. Bl. 1910 S. 125 ff.
v. Liszt: Deliktsobligationen. Berlin 1898.
Loening: Die Grundstücksmiete als dingliches Recht. Jena 1930.
Manigk: Willenserklärung u. Willensgeschäft. Berlin 1907.
Mayer, Anna: Die Begriffe Störung u. Störer im Besitz und Eigentumsrecht. Diss. Marburg 1917.
Meisner-Stern: Nachbarrecht. 1927.
Mitteis: Zwei Fragen aus dem Bürgerl. Recht. 1905.
Mittelstein: Die Miete. 1. Aufl. 1900. 3. Aufl. 1913.
Mosich: Das Grundeigen und seine Begrenzung nach d. §§ 905, 906 BGB., in: Iher. Jahrb. 80 S. 255 ff.
Neugebauer: Fernmelderecht mit Rundfunkrecht. 3. Aufl. 1929.
Neukamp: Die Unterlassungsklage. Festschr. f. Zitelmann. 1913.
Niendorff: Mietrecht. 6. Aufl. 1901. 10. Aufl. 1914.
Oertmann: Schadensersatzanspruch des obligatorisch Berechtigten. Festg. f. Dernburg. 1900.
Oertmann: Unterlassungsansprüche aus unerlaubter Handlung, in: DJZ. 1904 S. 616 ff.

Opet: Der Einfluß des Rundfunks auf die Rechtsprechung und Gesetzgebung, in: Gruchot 68 S. 466 ff.
Pincus: Rundfunkstörung ist Besitzstörung, in: „Funk", Die Wochenschrift des Funkwesens. 1929. S. 101 ff.
Raape: Gebrauchs- und Besitzüberlassung, in: Iher. Jahrb. 71 S. 91 ff.
Raape, Aneignungsüberlassung, in: Iher. Jahrb. 74 S. 237 ff.
Regelsberger: Der gerichtliche Besitzschutz. Festschrift d. jur. Fak. Gießen. 1907.
Ruth: Das Mietrecht der Wohn- und Geschäftsräume. 1926.
Ruth: Veränderungen des Zivilrechts durch d. Gesetz über Mieterschutz u. Mieteinigungsämter v. 1. 6. 1923, in: Arch. Ziv. Prax. 121 S. 310 ff.
Salinger: Der Unterlassungsanspruch, in: Gruchot 64 S. 263 ff.
Schulz-Schaeffer: Das subjektive Recht im Gebiet d. unerlaubten Handlung. I. Bd. Marburg 1915.
Spitzer: Der Schutz des Mieters gegen Immissionen nach bürgerl. Recht. Diss. Jena 1911.
Strohal: Der Sachbesitz nach dem BGB., in: Iher. Jahrb. 38 S. 1 ff.
Traeger: Der Kausalbegriff im Zivil- u. Strafrecht. Marburg 1904.
Ulrich: Der Unterlassungsanspruch aus obligatorischen Rechtsverhältnissen, in: Iher. Jahrb. 64 S. 161 ff.
Volkmar: Der Schutz des Mieters gegen störende Nachbarschaft, in: DJZ. 1901 S. 382 ff.
Wendt: Rechtssatz u. Dogma, in: Iher. Jahrb. 29 S. 29 ff.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuches f. d. Deutsche Reich. Berlin 1888. (Mot.)
Protokolle der Kommission f. d. zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerl. Gesetzbuchs. 1898. (Prot.)
Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen. (RGZ.)
Reichsgerichtsentscheidungen in Strafsachen. (RGSt.)
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. (OLG.)
Seufferts Archiv f. Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. (Seuff. A.)

Einleitung.

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist die Untersuchung der Frage, welche Ansprüche dem Mieter gegenüber Störungen durch Dritte zustehen.

Da Beeinträchtigungen des Mieters durch Immissionen i. S. des § 906 BGB. den Hauptteil der in der Praxis vorkommenden Fälle von Störungen des Mieters überhaupt ausmachen, liegt es in der Natur der Sache, daß insbesondere die Frage, ob und wieweit dem Mieter außer seinen Rechten gegenüber dem Vermieter ein selbständiges Klagerecht gegenüber dem durch Immissionen störenden Dritten zusteht, bei der Untersuchung der einzelnen Ansprüche Behandlung findet.

Im I. Teil wird die Frage nach der rechtlichen Natur der Miete erörtert, da von ihrer Beantwortung abhängt, ob der Mieter einen dinglichen Anspruch hat oder nicht.

Im II. Teil wird untersucht, ob der h. M. zu folgen ist, die dem Mieter auf Grund seines Besitzschutzes Ansprüche gegenüber Störungen in demselben Umfange wie einem dinglich Berechtigten und deshalb auch gegenüber Immissionen gewährt.

Der III. Teil befaßt sich mit der Untersuchung der dem Mieter aus den §§ 823 ff. zustehenden Schadenersatzansprüche.

Schließlich wird im IV. Teil geprüft, ob dem Mieter auf Grund einer allgemeinen Unterlassungsklage, wie sie insbesondere vom RG. anerkannt ist, ein Rechtsbehelf gegenüber Störungen zur Seite steht.

I. Teil:

Das Fehlen eines dinglichen Klagschutzes.

A. Die absolute Klage als Merkmal der Dinglichkeit.

1. Die Frage, ob dem Mieter ein dinglicher Störungsanspruch zusteht, ist unter der Herrschaft des BGB. immer umstritten gewesen. Sie ist bejaht oder verneint worden, je nachdem, ob man die Dinglichkeit der Miete bejahte oder verneinte. Denn wenn auch über das Wesen der Dinglichkeit von jeher die Meinungen auseinandergegangen sind, so war man sich doch darüber einig, daß im absoluten Klagschutz ein entscheidendes Merkmal der Dinglichkeit liegt. Nicht richtig ist deshalb die Meinung Loenings [1]), die Fehde zwischen Cosack und Crome sei theoretisch ergebnislos verlaufen, weil keine Einigkeit über die Kriterien der Dinglichkeit gewonnen werden konnte. Es bestand vielmehr bei beiden Einigkeit darüber, daß dingliche Rechte als Unterart der absoluten zum Unterschied von den einseitig wirkenden Schuldrechten allwirksam sind. So sagt Crome [2]), sicher sei, daß ein einheitlicher, sich gegen Dritte gleichmäßig bewährender Charakter, wie er Voraussetzung eines dinglichen Rechts ist, der Miete überhaupt fehle. Umgekehrt will Cosack die Miete als echtes dingliches Recht bezeichnen, weil sie gegen jedermann wirksam sei [3]). Auch in den Haupttheorien über das Wesen des dinglichen Rechts

---

[1]) a. a. O. Vorbem. S. IV.
[2]) Iher. Jb., Bd. 37 S. 58.
[3]) Cosack-Mitteis, Bd. II § 105.

wird anerkannt, daß ihm ein Schutz gegen jeden, der sich mit dem dinglichen Recht in Widerspruch setzt, entspringe, mögen sie nun sein Wesen darin sehen, daß der Wille des Berechtigten für das Verhalten eines jeden in betreff der Sache maßgebend ist [4]), oder darin, daß eine unmittelbare Herrschaft der Person über die Sache besteht [5]).

2. Nun wird aber neuerdings von Loening die Dinglichkeit der Grundstücksmiete behauptet, ohne daß er eine Störungsklage des Mieters anerkennt, weil der absolute Klagschutz nicht das allein entscheidende Moment sei [6]). Umgekehrt glaubt man eine Störungsklage geben zu können, ohne damit ein dingliches Mietrecht anzuerkennen [7]). Dieser letzte Weg muß für uns von vornherein ausscheiden. Er würde eine Durchbrechung des Satzes, daß es kein Schuldrecht von allwirksamer Kraft gibt [8]), bedeuten. Mag man auch darüber streiten, ob der petitorische Klagschutz das alleinige oder entscheidende Merkmal der Dinglichkeit ist, so ist doch daran festzuhalten, daß er nicht die Folge eines bloßen Schuldrechts sein kann.

Loening sucht die enge Verbindung zwischen dinglichem Recht und petitorischem Klagschutz von der anderen Seite zu lösen, also nicht durch Anerkennung einer petitorischen Klage als dem Ausfluß eines Schuldrechts, sondern dadurch, daß er ein dingliches Recht anerkennt, ohne aus dieser Feststellung die Folge zu ziehen, daß damit auch ein dinglicher Störungsschutz anerkannt werden muß. Aber Loening selbst meint, daß die Durchsetzbarkeit gegen Dritte zur folgerichtigen, besseren Ausgestaltung des dinglichen „mieterlichen Gebrauchsrechts" gehören würde [9]). Die Grenze zwischen Sachen- und Schuldrecht, die besonders mit Rücksicht auf solche Grenzfälle wie die Miete nachzuprüfen, Loening sich zur Aufgabe gesetzt hat, ist durch seine Ausführungen, in denen er die Interessenwertung zur Abgrenzung benutzen wollte, keineswegs geklärt, und sie konnte es auch deshalb nicht, weil Interessewertungen, gerade um eine solche Grenze ziehen zu können, zu unbestimmt sind [10]). Loening verzichtet ja auch ausdrücklich auf einen exakten Begriff des absoluten Rechts [11]). Er definiert es als ein „vermöge wichtiger absoluter Wirkungen im allgemeinen absolut gestaltetes, wenn auch daneben mit relativen Wirkungen behaftetes Recht". Damit ist doch aber für die Abgrenzung von absolutem und relativem Recht noch nichts gesagt, weil jetzt die Frage entsteht, wann ein Recht genügend wichtige absolute Wirkungen aufweist, um als ein im allgemeinen absolut gestaltetes bezeichnet werden zu können. Für uns ist es dann der Fall, wenn für das betreffende Rechtsinstitut ein gegen jedermann wirksamer Klagschutz anzuerkennen ist. Loening zieht diese klare Grenze nicht. Aber seine Ausführungen sprechen eher dafür als dagegen, daß das Versagen der petitorischen Klage eine starke Beschränkung des absoluten Charakters eines Rechts bedeutet.

---

[4]) Windscheid-Kipp, Bd. I S. 166.
[5]) Dernburg, Pand. I S. 49.
[6]) Loening a. a. O. S. 48.
[7]) Niendorff, 6. Aufl. S. 169/170.
[8]) Leonhard, Schuldr. S. 8.
[9]) Loening, a. a. O. S. 268.
[10]) s. auch Leonhard, Krit. Viertelj.-Schr. Bd. 60, S. 149 ff.
[11]) a. a. O. S. 54.

Entgegen Loening [12]) ist auch festzustellen, daß es keineswegs zu Rechtsunsicherheit führt, wenn man einem anerkannten Recht eine absolute Störungsklage zuerkennt, auch ohne daß sie vom Gesetz ausdrücklich gewährt ist, wenn man die absolute Klage als einem jeden dinglichen Recht innewohnend auffaßt. Ist festgestellt, daß ein Recht absolut ist, dann muß die Klage ausdrücklich versagt sein [13]), und so wird sie auch mit Recht allen absoluten Rechten ohne ausdrückliche Anerkennung im Gesetz von der Rechtssprechung gewährt [14]). Die Rechtsunsicherheit besteht nur für die Frage, ob ein Rechtsinstitut auf Grund des geltenden Rechts als absolutes Recht aufgefaßt werden kann. Wenn Loening meint, die „absoluten Symptome" der Miete reichten zur Anerkennung einer Störungsklage nicht aus, obwohl das Mietrecht des BGB. an Zahl noch mehr absolute Wirkungen habe, als selbst Cosack annimmt, so ist doch zu fragen, ob Loening nicht, anstatt auf das Fehlen der Störungsklage, auf das Fehlen eines dinglichen Rechts hätte schließen müssen.

Die Frage, ob der Mieter einen dinglichen Anspruch analog § 1004 hat, ist nach unseren Ausführungen also abhängig von der Frage nach der rechtlichen Natur der Miete, und wenn wir mit Loening darin übereinstimmen, daß die Grundstücksmiete ein dingliches Recht ist, dann werden wir auch daraus die Folgerung ziehen, daß dem Mieter ein dinglicher Störungsanspruch zusteht.

B. Die Miete kein dingliches Recht.

I. Die Gestaltung der Miete ist im Laufe der Geschichte eine durchaus verschiedene gewesen. So war im römischen Recht die Miete rein obligatorisch; der Mieter genoß nicht einmal den Interdiktenschutz des juristischen Besitzers, es galt der Satz: „Kauf bricht Miete." Demgegenüber galt im germanischen Recht die Rechtsregel: „Heuer geht vor Kauf." Das Gebrauchsrecht des Mieters wird vielfach einem dinglichen gleichzustellen gesucht, indem man beispielsweise im jütischen Low dem Mieter das Haus gewährt, als ob es sein eigen sei [15]), und man kann wohl Geller [16]) zugeben, daß die Miete, wenn sie ihrem eigenen Gestaltungstriebe hätte folgen können, dinglich geworden wäre. Aber die Rezeption des römischen Rechts bewirkte, daß die gemeinrechtliche Miete nur ein persönliches Recht war, und dieser Regelung haben sich dann im wesentlichen der Code civil, das österreichische und das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch angeschlossen. Eine grundsätzlich andere Stellung nahm die Miete jedoch im preußischen Recht ein. Hier gilt wieder der Satz: „Heuer geht vor Kauf." Darüber hinaus gewährt das Allgemeine Landrecht dem Mieter mit Abschluß des Mietvertrags ein sog. ius ad rem, das sich durch Besitzerlangung sogar in ein dingliches Recht verwandelt.

Über die rechtliche Gestaltung der Miete im BGB. herrscht nun Streit. Unstreitig ist zwar, daß die Mieter beweglicher Sachen und ebenso die Grundstücksmieter, solange ihnen das Grundstück noch nicht überlassen ist, nur ein persönliches Recht haben. Die rechtliche Natur

---

12) a. a. O. S. 150.
13) Motive III S. 1.
14) Planck, Bd. III S. 525, Staud. III S. 620; Seuff. Arch., Bd. 79 S. 282.
15) Fischer in Verh. z. XIX. dt. Juristentag S. 360.
16) In Grünhut, Bd. 5 S. 323.

der Grundstücksmiete und der ihr nach § 580 gleichstehenden Miete an Wohnräumen und anderen Räumen nach der Überlassung ist aber bis heute noch streitig geblieben. Die überaus herrschende Meinung hält auch die Grundstücksmiete nach der Überlassung für ein nur obligatorisches Recht. Demgegenüber wurde [17]) und wird [18]) noch heute behauptet, daß das Recht des Grundstücksmieters nach der Überlassung ein dingliches sei. Und zur Begründung ihrer Lehre berufen sich die Vertreter dieser Theorie auf die in den §§ 571 ff. getroffene Regelung „Kauf bricht nicht Miete" oder, wie die Rechtsregel genauer heißen müßte, „Veräußerung vertreibt den Mieter nicht" [19]).

Aber die Entstehungsgeschichte der §§ 571 ff. spricht dagegen, daß durch ihre Einführung der obligatorische Grundcharakter der Miete, wie er im I. Entwurf zum Ausdruck gekommen war, geändert werden sollte. Zwar identifizierte noch die I. Kommission die Frage, ob Kauf Miete brechen solle oder nicht, mit der Frage nach dem obligatorischen oder dinglichen Charakter der Miete und lehnte deshalb die Aufnahme des Satzes „Kauf bricht nicht Miete" ab, weil man an der obligatorischen Natur der Miete, wie sie im gemeinen Recht bestand, festhalten wollte. Wenn dann die II. Kommission sich für die Aufnahme des Grundsatzes „Kauf bricht nicht Miete" entschied, dann schuf sie diese Bestimmung in dem Bewußtsein, daß es sich hierbei um eine Anomalie gegenüber dem System des Entwurfs handelte, die man aber mit Rücksicht auf ein vorhandenes Bedürfnis in Kauf nahm. Daß es sich für die II. Kommission bei der Einführung der preußischen Rechtsregel lediglich um praktische Erwägungen handelte, geht aus den Protokollen hervor, und daher muß man sich davor hüten, die Bedeutung der §§ 571 ff. für den allgemeinen Charakter der Miete zu überschätzen [20]).

II. Allerdings kann die Meinung der Verfasser des BGB. für uns nicht entscheidend sein. Maßgebend ist für uns das Gesetz. Deshalb soll untersucht werden, wie weit es selbst die Frage nach der rechtlichen Natur der Miete beantwortet.

Zunächst spricht die Stellung der Miete im Recht der Schuldverhältnisse für ihre obligatorische Natur. Wenn Cosack [21]) meint, diese sei ziemlich bedeutungslos, dann muß dem entgegengehalten werden, daß das BGB. im Gegensatz zum ALR. eine scharfe äußerliche Trennung zwischen obligatorischen und dinglichen Rechten vorgenommen hat, und daß trotzdem nach eingehenden Erörterungen über den Satz „Kauf bricht Miete" die Stellung im Recht der Schuldverhältnisse beibehalten wurde. Der weitere Einwand Cosacks, daß ja auch das Pfandrecht des Vermieters im Recht der Schuldverhältnisse behandelt sei, ist deshalb unbeachtlich, weil das Pfandrecht zu den von den Motiven [22]) ausdrücklich genannten dinglichen Rechten gehört und auch die §§ 559 ff. ja nur besagen, daß und in welchem Umfang der Vermieter ein Pfandrecht hat,

---

[17]) Cosack, Bd. II § 238; Fuchs in Gruchot 46, 566 ff., 840 ff.; Meisner, Kuhlenbeck und Scherer zu § 571.

[18]) Cosack-Mitteis, Bd. II, 1 § 105; Loening a. a. O.

[19]) s. auch Wolff, SR. § 16 I 5; Hedemann, Schuldr. S. 95.

[20]) Crome, Iher. Jb. Bd. 37 S. 1 ff.

[21]) Bd. II S. 283.

[22]) Bd. III S. 3.

während sich die Vorschriften über Art und Wirkung dieses Pfandrechts im Sachenrecht finden (§ 1257), so daß dieses als „sedes materiae" [23]) anzusehen ist. Die Annahme einer dinglichen Natur des Mietrechts würde auch mit dem im BGB. geltenden Grundsatz in Widerspruch stehen, daß die Zahl der dinglichen Rechte eine geschlossene ist, und daß der Grundsatz der Vertragsfreiheit, der im Obligationenrecht herrscht, für das Sachenrecht keine Geltung hat [24]). Dem Willen der Parteien soll nur ein enger Spielraum gelassen sein. Damit wäre unvereinbar, daß gemäß § 578 auch durch Vertrag bei Annahme der Dinglichkeit des Mietrechts ein dingliches Recht geschaffen werden könnte. Andererseits würde der allgemein anerkannte dispositive Charakter [25]) der §§ 571 bis 579 zu der Annahme führen, daß ein dingliches Recht durch Vertrag ausgeschlossen werden kann. Auch Loening [26]) weist darauf hin, daß Cosack und Fuchs diesen letzteren Einwand zu schwach bewerten. Die Abdingbarkeit entwerte das in den §§ 571 ff. gefundene Kennzeichen absoluter Wirksamkeit.

Auch der Sprachgebrauch des BGB. widerstreitet der Annahme eines dinglichen Mietrechts. Das BGB. spricht zwar bis auf die Bezeichnung „dinglicher Anspruch" im § 221 nirgends von dinglichen Rechten. Statt dessen gebraucht es aber die Bezeichnung „Rechte an Grundstücken" bzw. „an Sachen", wenn es die dinglichen Rechte meint. Das ergibt sich aus den einzelnen Bestimmungen des II. Abschnitts des Sachenrechts, vor allem aus § 883, I, III, wo das Recht an einem Grundstück und der obligatorische Anspruch auf Einräumung oder Aufhebung eines solchen Rechts einander gegenübergestellt werden und ergibt sich weiter aus der Unterscheidung in den §§ 954, 956, ob jemand auf Grund eines Rechts an einer fremden Sache oder nur vermöge der obligatorischen Gestattung des Eigentümers zur Aneignung von Erzeugnissen und Bestandteilen befugt ist. Zu den Rechten an einer Sache nun müßte das Mietrecht gehören, wenn es ein dingliches Recht wäre. Damit ist nicht gesagt, daß die Begriffe „Rechte an Sachen" und „dingliche Rechte" sich decken, weil dieser auch die Rechte an Rechten mitumfaßt. Aber außerdem unter den Begriff des dinglichen Rechts Rechte an Sachen fallen zu lassen, die im technischen Sinne keine sind, dürfte nur aus ganz besonderen Gründen gerechtfertigt sein, und wenn nachgewiesen ist, daß die Grundstücksmiete kein Recht an einer Sache im technischen Sinne ist, dann würde es sich um eine ganz besondere Ausnahmeerscheinung handeln, wenn man sie trotzdem den dinglichen Rechten zurechnen wollte. Daß das BGB. sie nicht zu den Sachenrechten im technischen Sinne rechnet, geht, wie auch die Verfechter der Dinglichkeit des Mietrechts anerkennen, vor allem aus dem EG. zum BGB. Art. 188 II und ZVG. § 9 Nr. 2 hervor, wo Miete und Rechte an Grundstücken einander gegenübergestellt sind.

Auch die Vorschriften über Rechte an Grundstücken passen auf die Miete nicht. So verlangt das BGB. zum rechtsgeschäftlichen Erwerb von Rechten an Grundstücken Einigung und Eintragung, § 873. Von

---

[23]) König a. a. O. S. 23.
[24]) Mot. III S. 3.
[25]) Oertmann, Komm. II, 2 S. 834. Mittelstein, S. 90.
[26]) a. a. O. S. 164.

dem Erfordernis der Einigung kennt das BGB. sonst keine Ausnahme. Eine solche müßte bei Annahme einer dinglichen Natur der Grundstücksmiete angenommen werden, da hier, wie im preußischen Recht, die bloße Überlassung die Dinglichkeit zur Entstehung bringen müßte. Auch vom Prinzip der Eintragung müßte eine Ausnahme gemacht werden, da die Grundstücksmiete weder eintragungsbedürftig, noch auch eintragungsfähig ist. Loening [27]) begnügt sich mit der Feststellung, das Eintragungsprinzip gelte nur für Rechte an Grundstücken im technischen Sinne, zu denen die Miete nicht gehöre. Oberster Grundsatz sei nur, daß absolute Wirkungen nach dem BGB. zu ihrer Entfaltung einer gewissen Publizität bedürften. Dem füge sich aber das Mietrecht ein, und daß im Grundstücksverkehr nur das Grundbuch als Publizitätsmittel diene, sei nicht bewiesen.

Dagegen ist jedoch einzuwenden, daß die Überlassung des Besitzes i. S. des § 571, die hier an die Stelle der Eintragung treten müßte, als Publizitätsmittel bei Grundstücken gänzlich ungeeignet ist [28]). Denn ein solches muß dauernd sein, und die §§ 571 ff. verlangen nur, daß der Besitz überlassen sei, nicht aber, daß der Mieter sich dauernd im Besitz des Grundstücks befindet.

Der Annahme eines dinglichen Mietrechts widerspricht vor allem auch die äußerst schwache Stellung des Mieters in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs. Nach § 57 ZVG., § 21 III KO. hat der Ersteher das Recht, unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen. Gegenüber den Gläubigern des Eigentümers versagt das Recht des Mieters also, weil es zu weit gehen würde, dem Mieter auch noch gegenüber den Gläubigern des Vermieters den lediglich aus praktischen Gründen gewährten Schutz der §§ 571 ff. zu geben. Daß bereits im ALR. der Ersteher ein Kündigungsrecht [29]) hatte, und daß vor 1869 selbst Hypotheken und Grundschulden durch Zuschlag untergingen [30]) — auf diese Regelungen beruft man sich gerne, um den obigen Einwand zu entkräften —, kann nichts daran ändern, daß auch damals darin eine starke Beschränkung der dinglichen Wirksamkeit der betreffenden Rechte lag, die nur deshalb keinen Streit über ihre rechtliche Natur aufkommen lassen konnte, weil diese positiv rechtlich festgelegt war.

So spricht bisher alles gegen die Annahme eines dinglichen Mietrechts und einer dinglichen Klage. Auch das in den §§ 538/541 ausgesprochene Recht des Mieters, bei Beeinträchtigung seines vertragsmäßigen Gebrauchs durch das Recht eines Dritten den Mangel selbst zu beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen zu verlangen, ist kein Argument für die dingliche Wirksamkeit des Mietrechts. Denn das Recht des Mieters entsteht erst nach dem Verzug des Vermieters und ist deshalb kein selbständiges Verteidigungsmittel. Es mutet sogar, ohne daß hierauf jedoch entscheidendes Gewicht gelegt werden soll, wie eine ausdrückliche Versagung einer Klage des Mieters an, wenn das Gesetz den Mieter in § 545 ebenso wie den Nießbraucher in § 1042 für den Fall, daß ein Dritter sich ein Recht an der Sache anmaßt, an den Ver-

[27]) a. a. O. S. 160.
[28]) Crome, Iher. Jb. Bd. 37 S. 34.
[29]) Cosack, Bd. II S. 291.
[30]) Fuchs, Gruchot 46, 568.

mieter weist, aber von einem selbständigen Verteidigungsrecht, wie es daneben dem Nießbraucher noch in § 1065 ausdrücklich zugebilligt worden ist, nichts erwähnt.

Trotz der „klaren“ Gesetzeslage [31]) behauptet Cosack die dingliche Natur des Mietrechts, indem er allerdings einschränkend sagt, daß das nicht mit voller Bestimmtheit im BGB. ausgesprochen sei [32]). Ausdrücklich sei der Mieter vielmehr nur gegen solche Personen geschützt, die nach der Überlassung des Mietgrundstücks an den Mieter Eigentum oder ein beschränktes, dem Mietgebrauch widersprechendes dingliches Recht an diesem Grundstück durch Rechtsgeschäft erlangt haben. Aber der Schluß sei unabweislich, daß ein Mieter, der gegen Störungen einer Person geschützt sei, die an dem Grundstück ein Recht hat, um so mehr gegen Störungen eines völlig Unbefugten geschützt sein müsse. Und wenn dieser Schluß zutreffend sei, dann sei damit die Wirksamkeit des Mietrechts gegen jeden Dritten, also seine Dinglichkeit, klar bewiesen [33]). Ähnlich begründet Fuchs, wenn er sagt, daß in dem Maius das Minus enthalten sei [34]).

Aber beide gehen von falschen Voraussetzungen aus; denn der Mieter wird nicht gegen jeden am Grundstück Berechtigten geschützt, sondern nur gegen denjenigen, der seine Rechte vom Vermieter herleitet [35]). Schon Wendt [36]) hat mit Recht darauf hingewiesen, daß, wenn nur das im Werk sei, den Mieter gegen die Austreibung durch den Käufer oder sonstigen Erwerber zu schützen, dann damit allein die Miete noch keine dingliche Natur gewinne. Dieser ausnahmsweise direkte Schutz des Mieters ist nötig [37]), weil der Vermieter sich durch die Veräußerung die Möglichkeit nimmt, den Mieter gegenüber dem Erwerber zu schützen. Bei Störung durch andere Dritte dagegen ist der Vermieter in der Lage und gemäß § 536 verpflichtet, seine Rechte zugunsten des Mieters geltend zu machen.

Zuzugeben ist, daß in der in den §§ 571 ff. getroffenen Regelung eine Wirkung gegen Dritte gegeben ist, und daß hierin eine Ausnahme von der Regel liegt, daß Schuldverhältnisse nur die Vertragsparteien binden. Eine derartige Wirkung gegen Dritte findet sich aber noch mehrfach im Gesetz, so z. B. in den Ansprüchen des Verleihers und Vermieters gegenüber Dritten, denen der Gebrauch der Sache überlassen ist, §§ 604, IV 556, III. Aber trotzdem sind diese Ansprüche nicht allwirksam; denn sie versagen gegenüber Gläubigern im Konkurs und in der Zwangsvollstreckung, und sie gewähren weder ein Aussonderungs- noch ein Absonderungsrecht. Die schwache Stellung des Mieters im Vollstreckungsverfahren wurde schon erwähnt. So kann man das Mietrecht wegen der Wirkung gegen Dritte, durch die es eine Mittelstellung zwischen dem einseitigen und dem allseitigen Recht einnimmt, wohl als mehrwirksames Recht bezeichnen [38]), das aber, wie die übrigen mehr-

[31]) Planck, Komm. Bd. II S. 805.
[32]) Cosack, Bd. II S. 290.
[33]) Ähnlich noch Cosack-Mitteis, Bd. II § 105.
[34]) Gruchot, 56, 570.
[35]) OLG. 9, 296.
[36]) Iher. Jb. 29 S. 84.
[37]) Hesse a. a. O. S. 35.
[38]) Leonhard, Schuldr. S. 9.

wirksamen Rechte [39]), als eine Abart der Schuldrechte aufzufassen ist. Jedenfalls sprechen, wie wir oben gesehen haben, die überwiegenden Gründe dafür. So ist also nach dem BGB. dem Mieter eine dingliche Klage gegenüber Störungen Dritter zu versagen.

Man kann keinesfalls Fuchs folgen [40]), der meint, man solle sich doch entschließen, dem Mieter eine petitorische Klage zu geben, weil, die Miete als Recht an der Sache, als Belastung, als Verfügung zu qualifizieren, im wesentlichen nur System und Terminologie, nicht aber der materielle Inhalt der sie beherrschenden Rechtsnormen hindere. Hier ist lediglich das Rechtsschutzbedürfnis in den Vordergrund geschoben. Aber dieses ist nicht einmal als vorhanden anzusehen, da außer dem Schutz durch den Vermieter der Mieter noch als Besitzer Schutz genießt. Eine analoge Anwendung der §§ 571, 577 würde nach Mittelstein [41]) höchstens dann dem Sinn des Gesetzes entsprechen, wenn sonst beachtliche Interessen des Mieters schutzlos blieben. Aber auch das dürfte schon bedenklich sein, und es dürfte Endemann zu folgen sein [42]), der meint, daß zur Umdeutung der im Gesetz vorgezeichneten obligatorischen Natur des Mietrechts — das würde man mit der Gewährung einer Klage tun — selbst das dringendste Verkehrsbedürfnis nicht genügen würde. Die Regelung des Mietrechts im BGB. läßt die Anerkennung eines dinglichen Mietrechts nicht zu. Hierin stimmt Loening auch noch mit der herrschenden Meinung überein [43]).

III. Aber Loening sieht in der Entwicklung, die das Recht des Mieters unter der Herrschaft des Wohnungsnotrechts seit 1917 genommen hat, die Anerkennung eines dinglichen Rechts. Auch sonst wird schon von einer „Neigung zur Verdinglichung“ [44]) unter dem Einfluß des Wohnungsnotrechts gesprochen. Ruth [45]) meint, man könne sich der Folgerung nicht verschließen, daß das Mietrecht innerlich sich kaum mehr von einem dinglichen Recht unterscheide. Ähnlich sagt Hedemann [46]), durch das neue Zwangsmietrecht sei die Miete nicht nur in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung, sondern auch in ihrer juristischen Struktur nach der dinglichen Seite hin verschoben worden. Cosack [47]) findet in dieser Notgesetzgebung eine Bestätigung seiner bisherigen Lehre. Die Rechtsstellung des Mieters sei jetzt so gefestigt, daß es eine seltsame Künstelei sei, wollte man sie nur auf eine schuld-, nicht auch auf eine sachenrechtliche Herrschaft des Mieters zurückführen. Loening führt aus dem Mieterschutzgesetz die §§ 1, III und 31, II an. Er sieht zunächst die schon im BGB. ausgesprochenen absoluten Wirkungen des Mietverhältnisses durch § 1, III als vervollständigt und vermehrt an. Durch diese Vorschrift sei der erheblichste Einwand gegen den Dinglichkeitsbeweis aus den §§ 571 ff., nämlich der ihrer Abdingbarkeit, abgeschnitten worden, soweit § 1, III des Mieterschutzgesetzes die Tatbestände des § 571

39) Ebda. S. 8.
40) Fuchs, Gruchot 46, 571.
41) a. a. O. S. 692.
42) a. a. O. Bd. I § 169.
43) a. a. O. S. 148.
44) Staudinger, Komm. Bd. II, 2 S. 342.
45) In Arch. f. d. ziv. Prax. 121 S. 352 ff.
46) Sachenr. S. 327.
47) Cosack-Mitteis, Bd. II, 1 § 105.

decke [48]). Weiter beruft sich Loening [49]) auf den in § 31, II Mieterschutzgesetz „an versteckter Stelle" einsetzenden petitorischen Klagschutz des modernen Mietrechts. Abs. I des § 31 bestimmt, daß aus Mietverträgen, die zufolge gemeindlicher Anordnungen einer Behörde anzuzeigen oder zur Genehmigung mitzuteilen sind, aber nicht angezeigt oder genehmigt sind, keinerlei Rechte hergeleitet werden können. Abs. II gibt dann, falls Anzeige erstattet oder Genehmigung erteilt ist, dem Mieter eine Klage auf Herausgabe des Mietraums gegen jeden, der den Raum ohne Abschluß eines Vertrages oder auf Grund eines nicht angezeigten oder nicht genehmigten Mietvertrages innehat. Loening [50]) hält die Begründung zum Regierungsentwurf von 1921 [51]) in allen Punkten für verfehlt und übt besonders heftige Kritik an der dort vorkommenden Wendung, daß die neue Regelung allein auf praktischen Gesichtspunkten beruhe und an der Berufung auf die Wohnungsnot. Die Wohnungsnot habe, so meint er, vielmehr die Augen darüber geöffnet, wo der wesentliche Kern des Rechtsinstituts „Miete" zu suchen sei. Die Normen, die unmittelbar das Gebrauchsrecht des Mieters regelten, bildeten das Hauptstück der Miete, und daher sieht Loening in diesen das Gebrauchsinteresse schützenden Normen des Mieterschutzgesetzes eine Anerkennung des dinglichen Charakters des Mietrechts.

Mir scheint es doch nicht richtig, mit Loening die Begründung des Regierungsentwurfes für verfehlt zu halten und keinen Wert darauf zu legen, daß es tatsächlich die Wohnungsnot war, die den Anlaß zu der Gesetzgebung gegeben hat. Wenn die Mieterschutzgesetzgebung mit dem übrigen positiven Rechtsstoff ein einheitliches System bildet, wie Loening selbst betont, dann ist festzuhalten, daß in diesem System die Miete grundsätzlich obligatorisch gestaltet ist, und daß es deshalb bedenklich ist, der Wohnungsnotgesetzgebung nun einen so entscheidenden Einfluß zuzuschreiben, daß sie die Umwandlung eines obligatorischen Rechts in ein dingliches herbeiführen konnte. Wie ein bloß rechtlich geschütztes Interesse nicht ohne weiteres als subjektives Recht angesehen werden kann, so ergibt sich aus der Tatsache, daß infolge der Wohnungsnot dem Mieter ein Schutz gewährt wurde, noch nicht die Anerkennung einer „sachenrechtlichen Herrschaft" des vom Recht Geschützten. Und was entscheidend gegen Loenings Auffassung spricht, ist die Tatsache, daß es sich beim Notrecht der Wohnungsmiete um eine Übergangserscheinung handelt, die bereits im Abbröckeln begriffen ist. So ist auch für das Reichsmietengesetz und das Mieterschutzgesetz bereits der 1. April 1936 als Endtermin in Aussicht genommen [52]).

IV. Zusammenfassend ist festzustellen, daß das BGB. das Mietrecht durchweg anders behandelt als die dinglichen Rechte an Grundstücken, daß auch der Entwicklung, die das Mietrecht unter der Herrschaft des Zwangsmietrechts genommen hat, entscheidende Bedeutung für eine

---

[48]) a. a. O. S. 258.
[49]) a. a. O. S. 266.
[50]) a. a. O. S. 267ff.
[51]) RArbBl. 1921, Amtl. Teil S. 79 zu § 16 des Entwurfs.
[52]) s. JW. 1930 S. 3837; 4. Kapitel der Notverordnung d. RPr. vom 1. 12. 1930.

Änderung des obligatorischen Charakters des Mietrechts nicht beigemessen werden kann. Da das Mietrecht ein Schuldrecht ist, steht dem Mieter eine gegen jedermann wirksame Klage nicht zu.

II. Teil:

Der Besitzstörungsanspruch des Mieters.

A. Fehlt eine dingliche Klage, so steht jedoch dem Mieter nach Überlassung des Grundstücks oder der Mieträume eine Störungsklage auf Grund des bloßen Besitzes zu, für die das materielle Recht auf den Besitz keine Rolle spielt. Auch der Mieter eines Grundstücks- und Gebäudeteils genießt diesen Besitzschutz, da nach § 865 die Vorschriften der §§ 858—864 auch zugunsten desjenigen gelten, der nur einen Teil einer Sache, insbesondere abgesonderte Wohnräume oder andere Räume besitzt. Unerheblich für die Anwendbarkeit des § 862 ist, ob es sich um Störungen handelt, die von einem anderen Grundstück ausgehen, oder ob die Störung von einem anderen, dem Besitz des gestörten Teilbesitzers nicht unterstehenden Grundstücksteil kommen. Auch gegenüber dem Mieter im andern und sogar im selben Stockwerk genießt der Mieter Besitzschutz. Soweit es sich jedoch um gemeinschaftlichen Besitz, beispielsweise an Treppenhaus, Hof oder Waschküche handelt, kommt als einschränkende Vorschrift § 866 in Betracht.

B. I. Wann ist nun der Mieter im Besitz gestört? Das Gesetz selbst definiert den Begriff der Besitzstörung nicht. Aber es geht aus dem Gesetz hervor, daß Störung im Besitz grundsätzlich nur Störung der tatsächlichen Gewalt bedeutet. Denn der Besitzschutz des BGB. steht nicht dem Besitzer schlechthin, sondern nur dem unmittelbaren Besitzer zu, und unmittelbaren Besitz hat, wie aus den §§ 854/56 hervorgeht, wer die tatsächliche Gewalt über die Sache hat [53]).

Das BGB. schützt zwar auch den mittelbaren und den ererbten, aber noch nicht tatsächlich ergriffenen Besitz. Hier wird also auch Besitz ohne tasächliche Gewalt geschützt. Denn wenn man den mittelbaren Besitz auch als „tatsächliches Machtverhältnis“ [54]), als „vergeistigte Sachherrschaft“ [55]) bezeichnen mag, tatsächliche Gewalt im Sinne der §§ 854 ff. hat der mittelbare Besitzer nicht [56]). Der mittelbare Besitzer genießt nun aber den Besitzschutz nur, soweit ein Eingriff in die tatsächliche Gewalt des unmittelbaren Besitzers vorliegt [57]) (§ 869). Er hat gegenüber dem unmittelbaren Besitzer keinen Besitzschutz [58]). Bei einer Besitzentsetzung kann er nur Wiedereinräumung an den unmittelbaren Besitzer verlangen. Auch beim mittelbaren Besitz wird also letzten Endes der unmittelbare Besitzer, der die tatsächliche Gewalt hat, geschützt.

Ein wesentliche Ausnahme von dem oben aufgestellten Grundsatz scheint im Schutz des Erbenbesitzes zu liegen. Auch ohne Ergreifung der tatsächlichen Gewalt stehen dem Erben die Besitzschutzansprüche zu

[53]) Rosenberg S. 8.
[54]) Leonhard, Vertretung b. Fahrniserw. S. 70/71.
[55]) Wolff, § 8.
[56]) Rosenberg S. 138.
[57]) Rosenberg S. 146.
[58]) Staudinger, Bd. III S. 78.

(§ 857). Danach müßte jede Inbesitznahme einer Erbschaftssache verbotene Eigenmacht sein und die strenge Haftung herbeiführen, was gegenüber dem gutgläubigen Besitzer sehr unbillig wäre [59]). § 2025 bestimmt daher, daß der gutgläubige Erbschaftsbesitzer wegen verbotener Eigenmacht nur haftet, wenn der Erbe den Besitz der Sache bereits tatsächlich ergriffen hatte. Besitz ohne tatsächliche Gewalt wird also weniger geschützt, woraus zu folgern ist, daß grundsätzlich nur Störung der tatsächlichen Gewalt als Besitzstörung anzusehen ist.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses wird auch durch die Entstehungsgeschichte des Besitzrechts bestätigt. Nachdem der I. Entwurf noch zwischen Besitz und Inhabung unterschieden hatte, wobei unter Besitz die Inhabung, d. h. die tatsächliche Gewalt in Verbindung mit dem Willen des Inhabers die Sache als die seinige zu haben, verstanden wurde, beschränkte die II. Kommission den Abschnitt über Besitz auf die Regelung des Besitzschutzes, der, wie im I. Entwurf, an die Inhabung geknüpft blieb. Die Inhabung über die Sache wurde jetzt Besitz genannt, und damit bekam jeder Besitzer, d. h. also jeder Inhaber der tatsächlichen Gewalt, Besitzschutz, mit ausdrücklicher Ausnahme der in einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis stehenden Besitzdiener (§ 855).

Besitzstörung ist also jeder Eingriff in die tatsächliche Gewalt, soweit er nicht als Besitzentziehung anzusehen ist. Bei der Bestimmung des Begriffs „Besitzstörung" wird in Wissenschaft und Rechtsprechung aber meistens von tatsächlicher Gewalt, in die eingegriffen sein muß, nicht gesprochen.

II, 1. Die h. M. behauptet, der Begriff der Besitzstörung decke sich mit dem der Eigentumsstörung. Deshalb sieht Rosenberg [60]) übermäßige Immissionen, Entziehung von Licht und Luft usf. als unter § 862 fallend an. Bemerkenswert ist, daß seine aus der Praxis entnommenen Beispiele für Besitzstörungen, soweit das Recht des BGB. in Betracht kommt, vorwiegend lediglich Beispiele für Eigentumsstörungen sind, jedenfalls als solche in den betreffenden Entscheidungen behandelt werden [61]). M. Wolff [62]), der Besitzstörung als jede Beeinträchtigung außer der Entziehung definiert, führt als Fälle der Besitzstörung ebenfalls dieselben Beispiele an [63]) wie beim Eigentumsstörungsanspruch [64]), ja, er verweist sogar bei der Besprechung des letzteren auf das über den Begriff der Besitzstörung Gesagte. An anderer Stelle sagt er, der Besitz ergreife die Sache in denselben Beziehungen, in denen sie vom Eigentum ergriffen werde, Eigentums- und Besitzobjekt deckten sich umfänglich [65]). Er folgert hieraus, daß, wo das Gesetz das freie Belieben des Sacheigentümers, auf die Sache einzuwirken und andere auszuschließen, inhaltlich begrenze (§§ 904 ff.), da

---

[59]) Leonhard, Erbr. S. 161.
[60]) a. a. O. S. 86.
[61]) So z. B. RGZ. 51, 408, Recht 1910, Nr. 917; Seuff. A., Bd. 38 Nr. 8 (Belästigung durch Rauch aus Ziegelfeldbränden) JW. 1904, 360, Nr. 16 (Belästigung durch Funkenflug); RG. 47, 162 ff. (Belästigung durch Lärm).
[62]) a. a. O. S. 44.
[63]) a. a. O. S. 43.
[64]) a. a. O. S. 294.
[65]) a. a. O. S. 42.

begrenze es auch das „Besitzrecht“ des Sachbesitzers, und deshalb müsse der Besitzer ebenso wie der Eigentümer unwesentliche oder ortsübliche Immissionen (§ 906) dulden[66]). Ähnlich wie Wolff argumentiert Kreß[67]): die Duldungspflichten des Eigentümers nach § 906 treffen auch den Verkehrsbesitzer, der sein Besitzrecht vom Eigentümer ableitet und deshalb auch kein weiteres Recht haben kann, auch jeden andern, da sonst der Zweck des § 906 vereitelt werden könnte. Meisner[68]), der davon ausgeht, daß gegen Störungen des Rundfunkverkehrs die Eigentumsfreiheitsklage[69]) gegeben sei, behauptet, der Besitzer (Mieter), auch der Teilbesitzer, habe gegen derartige Störungen den nach Inhalt und Voraussetzung entsprechend geregelten § 862. Die Anschauung, daß die Handlungen, die zu einer Eigentumsstörung geeignet sind, auch Besitzstörungen hervorrufen, findet sich auch bei Biermann[70]), Cosack[71]) und Meisner-Stern[72]).

Aus der Rechtsprechung ist eine Entscheidung des Kammergerichts vom 19. 8. 1926[73]) bemerkenswert, die ebenfalls die einschränkende Vorschrift des § 906 auf den aus einer Besitzstörung sich ergebenden Anspruch entsprechend anwendet, weil das Recht des Besitzers nicht weitergehen könne als das des Eigentümers. Ähnlich hatte das Kammergericht schon in einer Entscheidung vom 26. 9. 1904[74]) entschieden, indem es § 906 als ausnahmsweise gesetzliche Gestattung auch auf den entsprechenden Fall einer Besitzstörung anwandte.

2. Vergeblich sucht man bei der h. M. nach einem Beweis dafür, weshalb Besitzstörung und Eigentumsstörung sich decken. Denn allgemeine Sätze wie der, daß der Besitz die Sache in denselben Beziehungen ergreife wie das Eigentum[75]), können als Beweis nicht gelten. Meistens wird bei der h. M. der Weg gegangen, daß man sagt: es gelten die für das Recht des Eigentümers aufgestellten Beschränkungen entsprechend für den Besitz, weil der Besitz nicht weitergehen könne, als das an derselben Sache bestehende Eigentum. Ob er aber überhaupt so weit geht, daß eine Beschränkung durch die §§ 904 ff. nötig ist, ob sich nicht aus der Natur des Besitzschutzes von selbst eine Beschränkung ergibt, wird gar nicht erst untersucht, weil sich die Begriffe „Eigentums-“ und „Besitzstörung“ angeblich decken sollen, und es spricht doch sehr viel dagegen, den Begriff „Besitzstörung“ nach dem der „Eigentumsstörung“ zu bestimmen.

Schon allein die Tatsache, daß der Begriff der Eigentumsstörung selbst sehr umstritten ist, muß Bedenken erwecken. So ist doch die im gemeinen Recht besonders streitige Frage, ob gegen Geräusche ein Verbietungsrecht besteht[76]), erst durch die Aufnahme des Wortes „Ge-

---

[66]) a. a. O. S. 43.
[67]) a. a. O. S. 347.
[68]) In JW. 1927 S. 84.
[69]) Staud., Komm. zu § 906, Bem. II, 3.
[70]) Bem. 1 zu § 1004.
[71]) Cosack-Mitteis, Bd. II, 1. S. 42.
[72]) a. a. O. S. 541.
[73]) KGBl. 1926 S. 126.
[74]) OLG. 9, 295.
[75]) Wolff, § 16 II.
[76]) Dafür: Windscheid-Kipp, Bd. 1 § 109 Anm. 20; a. M.: JW. 82 S. 176; Spangenberg, Arch. ziv. Pr. Bd. 9 S. 271.

räusch" im § 906 zweifelsfrei entschieden worden. Heute noch herrscht lebhafter Streit, ob und wieweit Idealimmissionen, negative Immissionen und Drohungen als Beeinträchtigungen des Eigentums angesehen werden können. Das Kammergericht ist sogar in einer Entscheidung [77]) ausgehend vom „Grundsatz der Universalität des Eigentums" so weit gegangen, daß es in der photographischen Aufnahme eines Gebäudes eine Eigentumsstörung erblickte. Soll nun in allen diesen streitigen Fällen, wenn man sich dafür entscheidet, eine Eigentumsstörung als vorliegend anzusehen, damit zugleich die Frage entschieden sein, ob eine Störung des Besitzes, ein Eingriff in die tatsächliche Gewalt vorliegt? Im letzteren Fall sind doch strengere Anforderungen zu stellen, es dürfte jedenfalls schwer fallen, in Idealimmissionen, in negativen Immissionen, in Drohungen oder gar in photographischen Aufnahmen eine Störung der tatsächlichen Gewalt zu erblicken.

Eine derartige Gleichartigkeit des Besitz- und Eigentumsschutzes liegt auch nicht im Sinne des Gesetzes.

Aus der Verschiedenartigkeit des Wortlauts: in § 862 „im Besitz gestört" gegenüber § 1004 „Beeinträchtigung des Eigentums" allein eine engere Begrenzung des Begriffs „Besitzstörung" zu entnehmen, wie es Endemann [78]) will, muß willkürlich erscheinen [79]). Der Unterschied liegt doch etwas tiefer begründet.

Er liegt vor allem darin, daß es sich beim Eigentumsschutz um die Verwirklichung eines subjektiven Rechts handelt, während der Besitz lediglich „um der Ruhe und Ordnung willen" als das tatsächliche Gewaltverhältnis einer Person zur Sache gegen verbotene Eigenmacht geschützt wird. Auch wenn man den Besitz für ein „vorläufiges Recht" an der Sache halten wollte, dann ginge dieses Recht doch nur auf Anerkennung der tatsächlichen Gewalt, auf Unterlassung verbotener Eigenmacht, hat aber nicht den für den Eigentümer in § 903 ausgesprochenen Inhalt, daß er mit der Sache nach Belieben verfahren kann und jeden andern von einer Einwirkung auszuschließen berechtigt ist. Die analoge Anwendung des § 906, der doch eine Einschränkung des § 903 bedeutet, führt überhaupt zu der Frage, ob man damit nicht dem Besitzer ein Recht mit dem in § 903 festgestellten Inhalt zuerkennt.

Für eine Beschränkung spricht es weiter, daß im Besitzprozeß ein Recht zur Vornahme der störenden Handlung nur zur Begründung der Behauptung geltend gemacht werden kann, daß die Störung des Besitzes nicht verbotene Eigenmacht ist (§ 863). Gerade in dieser Beschränkung des Beklagten im Besitzprozeß spiegelt sich das Wesen des Besitzschutzes deutlich wider. Hat der Eigentümer eines Grundstücks dem Nachbarn die Vornahme störender Handlungen gestattet, dann bleibt trotzdem im Besitzstörungsstreit der Pächter oder Mieter auf Grund seines bloßen Besitzes gegenüber diesem Nachbarn siegreich, und der besitzende Eigentümer selbst kann eines Tages, wenn er die von ihm gestatteten Einwirkungen nicht mehr dulden will, als Besitzer gegen die jetzt ohne seinen Willen vorgenommenen Störungen auf Beseitigung oder Unterlassung klagen, während er als Eigentümer die Klage verlieren würde.

---

[77]) OLG. 20, 402.

[78]) a. a. O. Bd. II § 45 N. 9.

[79]) Dagegen auch Spitzer a. a. O. S. 54.

Diese Beschränkung des Beklagten im Besitzprozeß hätte die h. M. dazu führen müssen, zu untersuchen, ob wirklich jede Eigentumsstörung, z. B. jede zwar übermäßige, aber erträgliche Immission schon eine Besitzstörung ist, ob nicht vielmehr strengere Anforderungen gestellt werden müssen.

Ein weiteres Argument gegen die h. M. ist darin zu finden, daß der gerichtliche Besitzschutz lediglich eine Ergänzung des im allgemeinen mit Schwierigkeiten verbundenen Rechts der Selbsthilfe sein sollte [80]), daß also die Besitzschutzklagen mit dem Recht der Gewaltwehr in innerem Zusammenhang stehen. So sagen die Motive [81]): „Durch die Besitzklagen soll derjenige Zustand wieder hergestellt werden, der durch erlaubte Gewalt hätte aufrechterhalten oder wiederhergestellt werden dürfen, wenn der Inhaber im richtigen Zeitpunkt hierzu willens und imstande gewesen wäre." Volkmar [82]) glaubt hierin seine Meinung bestätigt zu finden, daß auch gegen jede exzessive Immission die Besitzstörungsklage gegeben ist, weil auch solche Störungen durch Gewalt gegen den Störer bzw. dessen störende Vorrichtung beseitigt werden könnten. Aber das letztere dürfte gerade bei Immissionen im allgemeinen nicht der Fall sein [83]).

Die hier bekämpfte Anschauung hat auch zu einer Übertragung der nachbarrechtlichen Bestimmungen über das Gesetz hinaus auf das Verhältnis zwischen Teilbesitzern ein und desselben Grundstücks geführt. § 906 ist eine Vorschrift, die im BGB. als eine die widerstreitenden Interessen benachbarter Grundstücks*eigentümer* ausgleichende Bestimmung Aufnahme gefunden hat; durch sie sollte die Benutzbarkeit der benachbarten Grundstücke gesichert werden, und so sollte das nach § 903 grundsätzlich verbotene Einwirken auf fremdes Eigentum mit Rücksicht auf das Zusammenleben der Menschen bis zu einem gewissen Grade gestattet sein. Der Nachbareigentümer sollte mit der Geltendmachung seines Ausschließungsrechts so weit beschränkt werden. Wendet die h. M. den § 906 nun auf den Besitzer im Verhältnis zum störenden Nachbareigentümer an, dann muß sie das folgerichtig auch für seine Beziehung zum bloßen Nachbarbesitzer tun. Denn wenn sie einmal dem bloßen Besitzer eine derartige „Machtsphäre"[84]) einräumt, dann ist es einerlei, ob die Einwirkungen von einer fremden oder einer auf demselben Grundstück liegenden „Machtsphäre" ausgehen [85]). Die h. M. hat denn auch durchweg die Folgerung gezogen, daß ein derartiges Nachbarrecht zwischen Mitmietern besteht [86]). Die praktischen Gründe, die Volkmar für die Berechtigung einer durch § 906 eingeschränkten Besitzstörungsklage gegenüber Immissionen durch den Nachbareigentümer anführt — sie sollen noch auf ihre Stichhaltigkeit hin untersucht werden —, haben keineswegs die überzeugende Kraft, es billigenswert erscheinen zu lassen, daß die Mieter eines und desselben Hauses über den Kopf des Vermieters hinweg gegeneinander klagen können, wenn sie sich in

---

[80]) Denkschrift S. 111.
[81]) Bd. III S. 109.
[82]) In DJZ. 1901 S. 382.
[83]) Raape in Jher. Jb. 71, 106.
[84]) A. Mayer S. 25.
[85]) Hörig, a. a. O. S. 40.
[86]) KG. Bl. 1926 S. 26.

der Benutzung der Mietsache durch einen Mitmieter beeinträchtigt fühlen.

Bei einer solchen Ausdehnung des Besitzschutzes zu einem Institut, das dem lediglich obligatorisch berechtigten Mieter ein Mittel in die Hand gibt, sich jeder Beeinträchtigung in der Benutzung der Mietsache zu erwehren, nimmt es auch keineswegs wunder, wenn man von einer „Verdinglichung der Miete“ infolge des dinglich wirkenden Klagschutzes der §§ 859, 861, 862 spricht [87]). Stobbe-Lehmann [88]) bezeichnet gar die Miete als ein durch die §§ 861 ff. dinglich geschütztes und darum dingliches Recht an der Sache, und das scheint nicht ungerechtfertigt, wenn man mit der h. M. den Besitz in demselben Umfange wie das Eigentum schützt. Spitzer [89]) hält es zwar für unrichtig, aus dem possessorischen Schutz die dingliche Natur der Miete abzuleiten, weil die Besitzherrschaft nichts der Miete Eigentümliches sei. Man müßte sonst konsequenterweise anderen zweifellos obligatorisch Berechtigten, wie dem Verwahrer und dem Entleiher, ein dingliches Recht zuerkennen. Nun auch die letzte Folgerung kann man ziehen, wenn der Besitzschutz dazu verwandt wird, den Entleiher und Verwahrer wie einen dinglich Berechtigten im Gebrauch und nicht lediglich in der tatsächlichen Gewalt über die Sache zu schützen. Der tiefere Grund, weshalb im possessorischen Schutz keine Verdinglichung liegt, ist der, daß die §§ 858 ff. nicht das Recht an der Sache, den Gebrauch, das Nutzen schützen, sondern nur das äußere Gewaltverhältnis gegen verbotene Eigenmacht zu bewahren berufen sind.

III, 1. Die gegen die h. M. angeführten Gründe sprechen in noch stärkerem Maße gegen eine Ansicht, die zwar den Begriff „Besitzstörung“ selbständig entwickelt, die aber unter der ausdrücklichen Betonung, daß der Besitzschutz den Gebrauch der Sache gewährleisten solle, für eine Besitzstörung auch Handlungen genügen läßt oder doch zum mindesten folgerichtigerweise zulassen müßte, die nicht einmal nach der h. M. eine Eigentumsstörung darstellen. Von starkem Einfluß ist hier eine Entscheidung des OLG. Braunschweig vom 24. Januar 1902 [90]): Ausgehend vom Begriff des Besitzers und vom Rechtsgrunde des Besitzschutzes, müsse man eine Besitzstörung außer in einer direkten Einwirkung auf die Sache auch in einer solchen Handlung erblicken, die, sich gegen die Person des Besitzers wendend, dessen Freiheit in seinen Entschließungen, wie er mit der Sache verfahren will, beeinträchtigt. Planck [91]) sieht im Schutz des Besitzes nichts anderes als den Schutz der Persönlichkeit, die hinter ihm steht, und folgert dann [92]), daß zur Besitzstörung nicht notwendig eine körperliche Einwirkung auf die Sache gehöre. Auch eine Belästigung der Person des Besitzenden genüge, sofern nur dadurch der Besitz als solcher, das Haben, Genießen, Gebrauchen der Sache, beeinträchtigt werde. Da hierzu auch ideelle Immissionen geeignet sind, sieht Planck sie als Besitzstörung an, nicht aber als Eigen-

[87]) Hedemann, SR. S. 327.
[88]) Bd. III S. 331.
[89]) a. a. O. S. 50.
[90]) OLG. 4, 290.
[91]) Bd. III S. 33.
[92]) Bd. III S. 66.

tumsstörung[93]). Er rügt es als nicht folgerecht[94]), wenn das RG.[95]) es ablehne, anstößige Dinge, die auf einem Nachbargrundstück geschehen, nicht für Besitzstörung zu erklären, obwohl sie vom anderen Grundstück aus gesehen werden können. Der Besitz könne auch schon durch Worte allein, namentlich durch Drohungen, gestört werden. Hierbei beruft sich Planck auf eine Entscheidung in Seufferts Arch. Bd. 63 S. 364, wo ausgeführt ist, daß wörtliches Bestreiten des Besitzes, wenn es mit einem förmlichen Verbot fernerer Besitzhandlungen verbunden sei, eine Besitzstörung sei, da nach dem BG. auch eine bloß „seelische Einwirkung auf den Besitzer" eine Beunruhigung desselben in seinem Besitz darstelle.

Ähnlich wie Planck faßt Bunsen[96]) Störung im Besitz als Hinderung an dem dem Besitzer gewährleisteten Haben und Nutzen der Sache auf, und nach Mosich[97]) liegt eine Besitzstörung dann vor, wenn ein fremder Wille sich im Widerspruch zu dem des Grundbesitzers geltend macht, sodaß diesem die Möglichkeit, das Grundstück nach eigenem Belieben zu benutzen, geschmälert oder genommen wird. Biermann[98]) sieht in jeder Drohung eine Besitzstörung ebenfalls mit der Begründung, daß der Besitzer durch sie in der Freiheit seiner Entschließung beschränkt werde, und der Reichsgerichtsräte-Kommentar[99]) definiert Besitzstörung als „Beeinträchtigung des Besitzers im ruhigen Genusse des Besitzes", wozu auch wieder Einwirkungen seelischer Art ausreichen sollen. Bemerkenswert ist, daß der letztere als Belegstelle für seine Definition der Besitzstörung eine Entscheidung des RG. im Bd. 55 S. 57 zitiert, wo es heißt: „Verbotene Eigenmacht im Sinne dieses Gesetzes ist jede Handlung, durch die der Besitzer ohne seinen Willen in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt beeinträchtigt wird, sofern die Handlung nicht ausnahmsweise gesetzlich gestattet ist." Bei der Untersuchung dessen, was eine Besitzstörung darstellen kann, ist dann jedoch wieder von Beeinträchtigung der tatsächlichen Gewalt nicht mehr die Rede, obwohl es doch folgerichtig heißen müßte: „Besitzstörung ist Beeinträchtigung des Besitzers in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt."

Die zitierte Definition stammt übrigens von Planck, und er hat sie auch bisher beibehalten, hält somit rein äußerlich anscheinend an dem Erfordernis einer Beeinträchtigung der tatsächlichen Gewalt fest. Es wird aber auch behauptet und entspricht wohl auch eher dem Geiste der Planckschen Auffassung, daß eine Beeinträchtigung der tatsächlichen Gewalt gar nicht vorzuliegen brauche, daß es vielmehr begrifflich für eine Störung des Besitzes genüge, wenn die Benutzung einer Sache zu ihrem bestimmungsmäßigen Gebrauch unmöglich gemacht werde[100]). In diesem Zusammenhang zitiert man auch die Entscheidung des RG. Bd. 59 S. 328, in der von einem „infolge der Besitzeinräumung von jedermann zu achtenden Recht des Mieters auf ungestörte Benutzung zu dem mit dem Mietvertrag verfolgten Zwecke" die Rede ist.

---

[93]) Bd. III S. 276.
[94]) Bd. III S. 66.
[95]) RG. Z. 76, 130.
[96]) In Arch. f. Bürg. R. Bd. 23 S. 80.
[97]) In Iher. Jb. 80, 326.
[98]) Komm. S. 32.
[99]) Zu § 858.
[100]) Pincus, „Funk" 1929 S. 101. Neugebauer, a. a. O. S. 764.

Unter diesen Gesichtspunkten: 1. Besitzschutz ist eine den Schutz der Persönlichkeit bezweckende Rechtseinrichtung, und 2. er dient zum Schutze des dem Besitzer gewährleisteten Habens und Nutzens, wird neuerdings auch die Anwendbarkeit des § 862 auf den Fall der Rundfunkstörung bejaht [101]). Das Eindringen störender Wellen sei rechtlich als Immission in den Wohnungsbesitz aufzufassen [102]). Opet [103]) meint: Wenn sich ein Mieter durch Störungen durch einen Rundfunkteilnehmer in der Ausnutzung seines eigenen Empfangsapparats belästigt fühle, so wäre er zugleich im ruhigen Besitze seines Mietrechts gestört, und Pincus [104]) spricht von einem im Recht des Besitzes, einem „vergeistigten Besitzrecht" verankerten Anspruch auf Störbefreiung.

2. Haben wir schon bei der h. M. kritisiert, daß sie zu einem Schutze des Mieters in der Benutzung der Mietsache führt, ohne zu untersuchen, ob die tatsächliche Gewalt wirklich gestört ist, so gilt das in noch stärkerem Maße von dieser zweiten Ansicht.

Zunächst ist gegen sie einzuwenden, daß der Besitzschutz nicht den Schutz der hinter ihm stehenden Persönlichkeit bezweckt. Das hat für das römische Recht bereits Pernice [105]) überzeugend nachgewiesen, und auch für unser heutiges Besitzrecht, das sich, besonders was den Besitzschutz anbetrifft, auf dem römischen Recht aufbaut, ist allgemein anerkannt, daß der Besitzschutz den „Schutz des allgemeinen Friedens"[106]), „die Aufrechterhaltung des allgemeinen Rechtsfriedens [107]) gegen eigenmächtige Störungen" bezweckt. Um der „Ruhe und Ordnung"[108]) willen soll der Besitzschutz die strikte Aufrechterhaltung der jeweils bestehenden äußeren Gewaltverhältnisse gewährleisten [109]).

Einzuwenden ist gegen diese Ansicht weiter, daß sie entscheidendes Gewicht auf den Besitzwillen legt. Die Forderung, Besitzschutz nur da zu gewähren, wo ein Besitzwille vorhanden ist, ist von Bruns [110]) auch ganz eindeutig vertreten worden. Der Wille des Besitzers sei, wie für die Existenz des Besitzes überhaupt, so insbesondere für den Besitzstörungsschutz das maßgebende Moment, so daß eine Besitzstörung nur vorliege, wenn dem Besitzer die Ausübung seines Herrschaftswillens beeinträchtigt werde.

Aber nach dem BGB. ist der Wille — die innere Beziehung des Besitzers zur Sache — kein neben der tatsächlichen Gewalt bestehendes Erfordernis. Er ist unter Umständen vielleicht Voraussetzung der tatsächlichen Gewalt, aber niemals notwendiges Element der tatsächlichen Gewalt [111]).

Gerade in der Frage des Besitzschutzes kommen grundsätzliche Bejaher eines Besitzwillens in große Schwierigkeiten, wenn es sich darum

---

[101]) Neugebauer a. a. O. S. 763; Meisner JW. 1927 S. 83.
[102]) Urt. d. AG. Neuhaus v. 25. 4. 1929, mitget. von Pincus a. a. O. S. 102.
[103]) In Gruchot, Bd. 68 S. 475.
[104]) a. a. O. S. 101.
[105]) In Ztschr. d. Savigny-Stiftg. Romanische Abt. Bd. 17 S. 199 ff.
[106]) M. Wolff a. a. O. S. 42.
[107]) Rosenberg a. a. O. S. 86.
[108]) Hedemann, SR. S. 440.
[109]) Staud., Bd. III, 1 S. 14.
[110]) a. a. O. S. 56, 58.
[111]) Rosenberg a. a. O. S. 25 ff. u. die dort Zitierten.

handelt, ein tatsächliches Gewaltverhältnis, dem kein Besitzwille zugrunde liegt, zu schützen. Da auch dieser schutzwürdig sei, erkennt Dernburg [112]) den ohne Wissen und Wollen erlangten Besitz desjenigen, in dessen Herrschaftssphäre eine Sache gerät, als eine „Nebenform" des Besitzes an, und Endemann [113]) sucht sich durch die Ausdehnung des Rechtsschutzes auf das „objektive Gewahrsamsverhältnis" als einer Unterart der rechtlich geschützten Sachgewalt, zu der Besitzwillen nötig sei, zu helfen. Gerade in der wichtigen Frage des Besitzschutzes sehen beide also von einem vorhandenen Besitzwillen ab. Daß die tatsächliche Gewalt als solche auch ohne zugrunde liegenden Besitzwillen geschützt wird, ergibt sich auch aus dem Gesetz selbst. Denn nach § 858 liegt eine Besitzstörung auch dann vor, wenn der Besitzer seinen Willen gar nicht äußert oder zu äußern in der Lage ist, da er ja nur ohne, nicht gegen seinen Willen im Besitz gestört zu sein braucht. Es ist hiernach also keineswegs erforderlich, daß der fremde Wille sich im Widerspruch zu dem des Besitzers geltend macht, daß der Besitzer in der Freiheit seiner Entschließungen beeinträchtigt wird. Daher ist der Besitzwille auch in Besitzstreitigkeiten nicht zu beweisen, wenn sich aus der äußeren Sachlage allein schon die tatsächliche Gewalt ergibt [114]). Und das dürfte auch dem Wesen des Besitzes und dem Zweck des Besitzschutzes, im Interesse des Rechtsfriedens die äußere Ordnung zu wahren, am besten entsprechen.

Bisher ist lediglich begründet, daß die tatsächliche Gewalt auch ohne Besitzwillen geschützt wird. Die Begründung dafür, daß der Schutz sich nicht an den zugrunde liegenden Willen knüpft, wenn tatsächliche Gewalt und Besitzwillen zusammentreffen, liegt darin, daß der Besitz ohne Besitzwillen nicht als Minderform anzusehen ist, weil der Besitzwillen zur Herstellung der tatsächlichen Gewalt meistens nicht erforderlich ist.

Würden wir den Besitzwillen als das für den Besitz und den Besitzschutz entscheidende Moment ansehen, dann würden wir auch damit wie im römischen Recht wieder Elemente des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses in den Besitzbegriff hineinbringen [115]), da der Besitzwille sich nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis richtet. Die hier bekämpfte Ansicht führt in Wahrheit ja auch dazu, das zugrunde liegende Gebrauchsrecht zu schützen. Denn das Nutzen, Genießen, Gebrauchen richtet sich nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis, danach, ob der Besitzer als Mieter, Pächter, Verwahrer, Leiher usf. die Sache besitzen will.

Damit, daß hier der Zweck des Besitzschutzes darin gesehen wird, dem Besitzer die ungehinderte Benutzung der Sache zu ihrem „bestimmungsmäßigen Gebrauch" [116]) zu „gewährleisten", wird auch zugleich ausgesprochen, daß der Besitzschutz weitergeht als der Eigentumsschutz, und Planck hat bereits die notwendigen Folgerungen aus seinem Standpunkt gezogen, wenn er ideale Immissionen als Besitzstörung ansieht. Ebenso würde es auch im Sinne dieser Theorie liegen, wenn man gegenüber negativen Einwirkungen, Drohungen und jedem bloßen Bestreiten ohne

---

[112]) SR. (1908) § 17 Z. 2, § 22 Z. 3.
[113]) Bd. II, 1 § 35.
[114]) Rosenberg a. a. O. S. 27.
[115]) Leonhard, Das röm. Recht in Birkm. Enzykl. S. 122.
[116]) Neugebauer a. a. O. S. 764; RG. 59, 328.

Rücksicht darauf, ob sie als Eigentumsstörungen anzusehen sind, die Besitzstörungsklage geben würde, so daß der Eigentümer, der mit der Eigentumsklage abgewiesen würde, auf diesem Wege die Unterlassung derartiger Störungen, auch soweit es sich nur um seelische[117]) Einwirkungen handelt, verlangen könnte. Mit einer derartigen „Vergeistigung“ des Besitzbegriffes setzt man sich aber mit dem Gesetz, das den Besitz als den Zustand der tatsächlichen Gewalt einer Person über eine Sache ansieht, in krassen Widerspruch.

IV, 1. Daß zur Erfüllung des Tatbestandes einer Besitzstörung ein Eingriff in die tatsächliche Gewalt erforderlich ist, wird allerdings vielfach betont, ohne daß deshalb wesentlich andere Resultate als bei den oben abgelehnten Ansichten gewonnen werden. So muß nach Goldmann-Lilienthal[118]) die eigenmächtige Handlung geeignet sein, die „fortgesetzte Ausübung der tatsächlichen Gewalt zu alterieren“, weshalb gegenüber bloßen wörtlichen Drohungen die Besitzstörungsklage nicht gegeben sei. Gegenüber unzulässigen Immissionen wird dann aber eine solche angenommen[119]). Auch das Kammergericht legt in seiner von vielen Schriftstellern angeführten Entscheidung (OLG. Bd. 9 S. 295) die Plancksche Definition[120]) der verbotenen Eigenmacht zugrunde, um die strittige Frage, ob Geräusche Besitzstörung bedeuten können, zu entscheiden, meint dann jedoch, es bedürfe keiner weiteren Begründung, daß die tatsächliche Gewalt i. S. des § 854 auch durch die Zuführung eines dauernden lärmenden Geräusches erheblich beeinträchtigt werden könne. Mittelstein behauptet[121]), nachdem er festgestellt hat, daß ein Eingriff in die tatsächliche Gewalt notwendig ist, deshalb sei es auch Besitzstörung, wenn ein Nachbar den Mieter durch Lärm, übermäßiges oder nächtliches Musizieren, üble Gerüche und dergleichen Immissionen störe, und er will selbst ein wörtliches Bestreiten genügen lassen. Eine ähnliche Auffassung findet sich auch bei Endemann[122]).

Im Gegensatz zu diesen Anschauungen hatte Mittelstein selbst in der 1. Auflage[123]) noch die Ansicht vertreten, daß übermäßige Immissionen keine Besitzstörungen seien, weil sie „nicht so sehr den Besitz“, d. h. die tatsächliche Sachherrschaft, störten, sondern nur den vertragsmäßigen Gebrauch minderten oder aufhöben. Und ähnliche Einschränkungen werden auch von anderen Schriftstellern gemacht. So sind nach Brückner[124]) Immissionen kein Eingriff in die dem Mieter allein zustehende tatsächliche Gewalt, sondern nur ein Eingriff in die am Grundstück bestehende rechtliche Herrschaft des Eigentümers oder eines Nutzungsberechtigten. Ebenso kommen nach Leonhard[125]), weil eine Besitzstörung einen Eingriff in die Gewalt selbst erfordert, Einwirkungen, die den Besitzer ledig-

---

[117]) Seuff. Arch. Bd. 63 S. 364.
[118]) a. a. O. (1912) Bd. II S. 21.
[119]) a. a. O. S. 37.
[120]) s. oben S. 16.
[121]) 3. Aufl. S. 699.
[122]) a. a. O. Bd. II § 45 Nr. 9.
[123]) a. a. O. (1900) S. 214.
[124]) a. a. O. 2. Aufl. S. 97 ff.
[125]) Lehrbuch i. k. S. S. 118.

lich zur Räumung veranlassen, insbesondere Geräusche, nicht in Betracht. Auch Hesse [126]) weist gegenüber Beeinträchtigungen durch Immissionen den Mieter an seinen Vermieter.

2. Dieser letztgenannten Auffassung ist beizutreten, nachdem abgelehnt worden ist, die Besitzschutzklagen zu einem dinglich wirkenden Schutz des dem Besitzer eingeräumten Gebrauchsrechts oder zu einem Schutz gegenüber bloß „seelischen Einwirkungen auf die Person des Besitzers" zu verwenden.

Allerdings fällt es schwer, eine feste Formel zu geben, wann eine Beeinträchtigung als Eingriff in die tatsächliche Gewalt durch Störung vorliegt. Diese Schwierigkeit hängt damit zusammen, daß für den Begriff der tatsächlichen Gewalt selbst eine feste Formel nicht gegeben werden kann [127]). Denn diese ist nicht eng körperlich zu verstehen [128]), tatsächliche Gewalt ist nicht gleichbedeutend mit physischer Herrschaft oder körperlicher Gewalt. Nach der h. M.[129]) ist tatsächliche Gewalt vielmehr die Beziehung zu den Rechtsobjekten, die dem gegenwärtigen, durch moralische und ethische Anschauungen geläuterten Rechtsbewußtsein als tatsächliches Machtverhältnis erscheint. Ob im einzelnen Fall tatsächliche Gewalt anzunehmen ist, ist danach „Tatfrage" und nach der allgemeinen Auffassung des bürgerlichen Lebens zu beantworten [130]). Ebenso wird sich auch nach der Auffassung des Lebens entscheiden müssen, ob man eine Besitzstörung, d. h. Beeinträchtigung der tatsächlichen Gewalt außer der Entziehung, als vorliegend ansehen kann.

Hält man fest, daß nicht schon jede Beeinträchtigung der inneren Beziehung des Besitzers zur Sache, jede Einwirkung auf die Person des Besitzers und jede Beeinträchtigung im Gebrauch Besitzstörung ist, daß eine bloße Beeinträchtigung der Benutzung nicht genügt [131]), dann wird man Immissionen, wie z. B. Geräusche, Gerüche und Rundfunkstörungen, Idealimmissionen, negative Immissionen und Drohungen als grundsätzlich zur Störung der tatsächlichen Gewalt ungeeignet ausscheiden. Denn sie beeinträchtigen regelmäßig nicht nur „nicht so sehr" [132]) den Besitz — wenn sie es überhaupt täten, wären sie ja Besitzstörung —, sondern sind grundsätzlich nicht als Eingriff in die tatsächliche Sachherrschaft, in die äußere Beziehung der Person zur Sache, anzusehen.

Allerdings kann auch durch die genannten Beeinträchtigungen in besonderen Fällen ein Zustand hervorgerufen werden, der als Eingriff in die tatsächliche Gewalt erscheint. So z. B., wenn eine Immission so stark ist, daß der Besitzer sich nicht nur mit Rücksicht auf eine ungestörte Benutzung seiner Mieträume veranlaßt sieht, auszuziehen — hier entscheidet der Mieter, ob er die tatsächliche Gewalt aufgeben will oder nicht —, aber auch wenn ihm durch unerträgliche Immissionen von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch usw. die Ausübung der tatsächlichen Gewalt zeitweilig oder ganz unmöglich gemacht wird. Insoweit ist es

[126]) a. a. O. S. 47.
[127]) Rosenberg a. a. O. S. 20.
[128]) Prot. III S. 29.
[129]) Rosenberg a. a. O. S. 19; Wolff § 5.
[130]) Wolff § 5.
[131]) a. M.: Neugebauer a. a. O. S. 764. RG. 59, 328 (s. o. S. 16).
[132]) Mittelstein, 1. Aufl. S. 214 (s. o. S. 19).

richtig, wenn bei Staudinger[133]) und in OLG. E. 9, 295 behauptet wird, daß eine Immission auch Besitzstörung sein **kann**. Das allerdings bedarf keiner näheren Begründung. Aber es hätte in der angeführten Entscheidung der Begründung bedurft, weshalb Immissionen es im Regelfall sein können.

3. Damit, daß wir in Immissionen grundsätzlich keinen Eingriff in die tasächliche Gewalt sehen, stehen wir auch im Gegensatz zu Volkmar[134]), der gegenüber allen exzessiven Immissionen dem Mieter die Besitzstörungsklage gewähren will. Volkmar begnügt sich mit der Wiedergabe der §§ 858 und 862 und meint dann, weil nach § 906 (?) der Nachbar zu exzessiven Immissionen nicht berechtigt sei, handle er, indem er durch dieselben den Besitzer im Besitz störe, widerrechtlich, übe also verbotene Eigenmacht. Auch hier fehlt der Nachweis, daß Immissionen überhaupt einen Eingriff in die tatsächliche Gewalt bedeuten. Erwähnt wird außerdem von Volkmar gar nicht, daß nach §§ 903, 906 der Nachbar nur dem Nachbar**eigentümer** gegenüber zu exzessiven Immissionen nicht berechtigt ist. Es hätte doch zum mindesten noch behauptet werden müssen, daß dieses Verbot auch dem Nachbar**besitzer** gegenüber besteht.

Im übrigen führt Volkmar nur praktische Gründe für seine Ansicht an, und diese sind für ihn vielleicht sogar ausschlaggebend. Er hält es für praktisch unbefriedigend, wenn der Mieter darauf beschränkt sein sollte, vom Vermieter gemäß § 536 unter Fristsetzung Beseitigung der Störung zu verlangen. Nach Ablauf der Frist hätte er die Wahl, gemäß § 542 auszuziehen, womit ihm meistens nicht gedient sein würde, oder gegen den Vermieter auf Einräumung des vertragsmäßigen Gebrauchs zu klagen. Wenn der Mieter obsiege, dann müßte der Eigentümer sich erst wieder mit dem Störer in Verbindung setzen und evtl. auch wieder eine Klage anstrengen. Erst der erfolgreiche Ausgang des zweiten Prozesses mit seiner komplizierten Exekution aus § 890 ZPO. könnte alsdann dem Mieter den beabsichtigten Erfolg verschaffen. Unter Berufung auf Volkmar findet sich der Hinweis auf dieses langwierige Verfahren vielfach in der Literatur.

Die Argumentation Volkmars wirkt im ersten Augenblick vielleicht überzeugend. Aber es ist einmal zu bedenken, daß gegenüber einem hartnäckigen Störer der zweite Prozeß in jedem Fall nötig sein würde und zweitens, daß der erste Prozeß gegenüber dem Vermieter eine Ausnahmeerscheinung darstellt. Denn der Vermieter hat an der Fernhaltung der bezeichneten Störungen in den meisten Fällen ein mindestens ebenso großes Interesse wie der Mieter und wird seinen Vermieterpflichten deshalb schon in seinem eigenen Interesse meistens nachkommen. Ein Bedürfnis nach einem dinglich wirkenden Schutz damit zu begründen, daß der Vertragsschuldner seine Pflichten vielleicht nicht erfüllen könnte, scheint mir verfehlt.

Gegenüber den praktischen Gründen Volkmars ist aber ferner zu erwägen, welche nachteiligen Folgen die Gewährung eines direkten Klagrechts für einen jeden Mieter nach sich zieht. Der Ausschluß der Einreden aus einem Recht zur Vornahme der störenden Handlungen im

---

[133]) Komm. zu § 862 u. § 906.
[134]) In DJZ. 01, 382.

Besitzprozeß wurde schon erwähnt [135]). Hat es wirklich einen Sinn, den vom Eigentümer mit einem Recht zu Immissionen ausgestatteten Störer gegen den nur obligatorisch berechtigten Mieter unterliegen zu lassen? Verständlich erscheint die Beschränkung des Störers im Besitzprozeß doch nur, wenn der Eigentümer diesem Eingriffe in die tatsächliche Gewalt des Mieters selbst gestattet hat. Als schwerwiegendes Bedenken ist weiter geltend zu machen, daß der Bewohner oder Nachbar eines Mehrfamilienhauses oder gar einer Mietskaserne im Falle einer von seiner Wohnung ausgehenden Störung durch Gerüche, Geräusche usf. mit einer ganzen Reihe von Prozessen seitens jedes einzelnen Mieters überzogen werden könnte. Und da das Wohnen in Mehrfamilienhäusern und Mietskasernen heute durchweg vorherrscht, spricht dieser praktische Grund wohl mehr gegen ein direktes Klagrecht eines jeden Mieters als Volkmars Gründe dafür. Deshalb dürfte es praktisch befriedigender sein, wenn gegenüber Immissionen der Eigentümer aus §§ 1004/906 allein zu klagen berechtigt ist, der Mieter jedoch nur dann, wenn die Immission wirklich als Eingriff in die tatsächliche Gewalt angesehen werden kann.

4. Auch ein einmaliger Eingriff in die tatsächliche Gewalt, z. B. das einmalige Betreten eines fremden Grundstücks, ist schon eine Besitzstörung [136]). Abzulehnen ist die Ansicht, daß jeder Besitzstörung ein Moment der Andauer — sei es physisch oder psychisch — beiwohnen müsse [137]). Gegen eine einmalige vorübergehende Störung ist vor allem Gewaltwehr zulässig [138]). Das von den Motiven [139]) verlangte Moment der bis in die Gegenwart hineinreichenden Dauer ist lediglich Voraussetzung der Besitzstörungsklage. Wenn die Störung nicht körperlich fortdauert oder ein durch die Besorgnis weiterer Störung geschaffener Zustand der Rechtsunsicherheit fehlt, ist kein Besitzstörungsanspruch gegeben [140]).

C. Zur Geltendmachung des Besitzstörungsanspruchs ist weiter erforderlich, daß der Eingriff in die tatsächliche Gewalt in verbotener Eigenmacht begangen ist, d. h. er muß ohne den Willen des Mieters und ohne ausnahmsweise gesetzliche Gestattung vorgenommen worden sein.

I. Die Besitzstörung braucht nicht gegen den Willen des Mieters erfolgt zu sein, es genügt, wenn sie nur ohne seinen Willen erfolgt ist [141]). Entscheidend ist der Wille des unmittelbaren Besitzers [142]), nicht der des mittelbaren Besitzers oder Besitzdieners [143]). Erforderlich ist weiter, daß der unmittelbare Besitzer ausdrücklich oder stillschweigend durch schlüssiges Verhalten seine Einwilligung erklärt hat. Ein Eingriff ohne Wissen des Besitzers ist verbotene Eigenmacht, da er ohne seinen Willen erfolgt ist. Allerdings kann der Besitzer seine Einwilligung noch nach-

---

135) s. o. S. 13.
136) Biermann a. a. O. S. 31; Wolff a. a. O. S. 41.
137) Staud., Komm. Bd. III, 1. S. 41.
138) Planck, Komm. Bd. III S. 65.
139) Bd. III S. 125/6.
140) Leonhard, Lehrb. i. k. S. S. 118.
141) Wolff a. a. O. § 19.
142) OLG. 6, 254.
143) Rosenberg S. 65.

träglich erklären [144]). Hat der Mieter als unmittelbarer Besitzer seine Einwilligung vorher erklärt, dann schließt diese verbotene Eigenmacht nur aus, wenn er noch zur Zeit der Vornahme der Handlung [145]) mit dem Eingriff in seinen Mietbesitz einverstanden ist. Seine Einwilligung muß im Augenblick der Störung tatsächlich, nicht nur vermeintlich vorhanden sein. Ein Irrtum hierüber nützt dem Störer nichts. Wenn trotz eines Rechts zur Vornahme einer störenden Handlung der Mieter eines Tages einen Eingriff nicht mehr gestatten will, dann muß der Berechtigte klagen. Von Bedeutung ist die vorher erklärte Zustimmung für die Frage der Beweislast, weil die Stetigkeit des Willens vermutet wird [146]).

II. Der Besitzstörungsanspruch des Mieters ist außerdem ausgeschlossen, wenn das Gesetz, d. h. irgendeine Rechtsnorm (Art. 2 EG. BGB.), die Störung gestattet. Aus dem BGB. kommen als solche Gesetze vor allem die Vorschriften in Betracht, die die Selbstverteidigung und die Selbsthilfe regeln (§§ 227—231, 859/60, 904, 910, 962). Von der h. M. werden in diesem Zusammenhang auch die dem Eigentum auferlegten Beschränkungen, vor allem die §§ 905, II, 906 aufgeführt, weil diese erst recht für den Besitz gelten müßten [147]). Das ist aber abzulehnen, weil es die oben widerlegte Vorstellung voraussetzt, daß Eigentums- und Besitzstörung sich decken. Außerdem ergibt sich aus dem Erfordernis eines Eingriffs in die tatsächliche Gewalt, daß die in § 905, II und § 906 gestatteten Einwirkungen niemals Besitzstörungen sein können, so daß eine Beschränkung nicht nötig ist, um zu verhüten, daß der Besitz ein weitergehendes Recht bietet als das Eigentum.

Besonders häufig sind die Fälle der erlaubten Besitzbeeinträchtigung im öffentlichen Recht. Zur Erfüllung der staatlichen Zwecke, besonders zur Durchführung polizeilicher Maßnahmen, ist hier ein Eingriff in die tatsächliche Gewalt oftmals nötig. So ist § 10, II, 17 ALR., der die „Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe und Ordnung“ als das „Amt der Polizei“ bezeichnet, ein den Eingriff in die tatsächliche Gewalt gestattendes Gesetz. Er dient in noch höherem Maße als der Besitzschutz der Aufrechterhaltung der Friedensordnung. In Betracht kommen weiter die Vorschriften über die Haussuchung und Beschlagnahme (§§ 94 ff., 127 StPO.) und diejenigen über die Zwangsvollstreckung und Arrestvollziehung (§§ 758, 808, 836, 883, 885, 892 ZPO., ferner § 150, II ZVG.). Der Gerichtsvollzieher begeht keine verbotene Eigenmacht, auch dann nicht, wenn er beim Vollstreckungsschuldner Sachen pfändet, die diesem nicht gehören. Gestattung durch das Gesetz liegt nicht schon dann vor, wenn jemand vermöge eines ihm zustehenden Rechts an der Sache zur Vornahme der störenden Handlung befugt ist, oder wenn jemandem ein obligatorischer Anspruch zusteht. Das begründet lediglich das Recht, die Zustimmung des Besitzers zu verlangen [148]). Als gesetzliche Gestattung i. S. des § 858 ist auch § 561, I BGB. anerkannt, wo dem Vermieter das Recht eingeräumt ist,

---

[144]) Rosenberg a. a. O. S. 65; RG. Z. 72, 198 f.
[145]) Zitelmann, Arch. ziv. Prax. 99 S. 33.
[146]) JW. 1904, 361, 18; Seuff. Arch. 60, 17.
[147]) Rosenberg S. 68; Kreß S. 347; Wolff § 16, II, 1; OLG. 9, 296. KG. 1926, 126.
[148]) Planck, Komm. Bd. III S. 57.

auch ohne Anrufung des Gerichts die Entfernung der seinem Pfandrecht unterliegenden Sachen zu verhindern und sie, wenn der Mieter auszieht, in Besitz zu nehmen [149]), da anderenfalls die Vorschrift zwecklos wäre. Ein vollstreckbares Räumungsurteil berechtigt den Vermieter jedoch noch nicht, ohne den Willen des Mieters die Wohnung zu betreten und selbst die Möbel des Mieters auszuräumen [150]).

D. Ziel der Klage ist, wenn es sich um einen körperlich fortwirkenden Eingriff in den Besitz des Mieters handelt, die Beseitigung der Störung. Der Mieter kann verlangen, daß der Beklagte die zur Wiederherstellung des früheren ungestörten Besitzstandes erforderlichen Handlungen vornimmt [151]).

Handelt es sich um eine äußerlich vorübergehende Störung im Besitze, dann geht die Klage auf Unterlassung weiterer Störungen, falls ein weiterer Eingriff zu besorgen ist.

Die Besitzstörungsklage geht nicht auf Schadenersatz. Denn die Ansprüche aus den §§ 861, 862 haben im Gegensatz zum gemeinen Recht nicht den Charakter von Deliktsklagen [152]). Dem entspricht es auch, daß ein Verschulden nicht Voraussetzung des Besitzstörungsanspruchs ist. Wieweit bei einer schuldhaft verursachten Besitzstörung neben der Besitzstörungsklage noch eine Schadenersatzklage gegeben ist, bleibt noch zu untersuchen. Es kann hier vorweggenommen werden, daß die Möglichkeit einer nach § 823 zu begründenden Klage wegen Verletzung des Besitzes zu bejahen ist. Der Schadenersatzanspruch steht als petitorischer, für den das materielle Recht bedeutsam ist, außerhalb des Rahmens des eigentlichen Besitzprozesses [153]). Besitzstörungs- und Schadenersatzklage können jedoch gemäß § 260 ZPO. verbunden werden [154]). Gegenüber der Schadenersatzklage ist aber im Gegensatz zur Besitzstörungsklage [155]) Erhebung der Widerklage zulässig.

III. Teil:

Der Schadenersatzanspruch des Mieters.

Ein Schadenersatzanspruch kann dem Mieter zunächst auf Grund des § 823, I zustehen, wonach derjenige, der schuldhaft das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet ist. Er kann weiter nach § 823, II wegen eines Verstoßes gegen ein den Schutz eines anderen bezweckenden Gesetzes gegeben sein. Schließlich kann er auf einer die guten Sitten verletzenden vorsätzlichen Handlungsweise eines anderen beruhen (§ 826).

---

[149]) Staud., Komm. III, 1. S. 43.
[150]) Sächs. Arch. 1909, 166; L. Z. 24, 169.
[151]) Denkschr. S. 112.
[152]) Mot. III S. 119.
[153]) Staud., Komm. III, 1. S. 40.
[154]) Rosenberg, Komm. S. 77.
[155]) M. Wolff a. a. O. § 19 Anm. 14.

A. Hat der Mieter ein „sonstiges Recht" i. S. des § 823, I?

I. Zunächst soll untersucht werden, ob dem Mieter ein „sonstiges Recht" i. S. des § 823, I zusteht. Dazu bedarf es vorerst einer Klärung, was unter einem „sonstigen Recht" zu verstehen ist.

Die weiteste Auslegung [156]) bezieht den § 823, I auf alle irgendwie rechtlich geschützten Interessen. So meint v. Liszt [157]), Recht i. S. des § 823, I und Rechtsgut i. S. der herrschenden strafrechtlichen Ausdrucksweise seien identische Begriffe. § 823, I habe im Einklang mit dem öffentlichen Recht den Schritt getan, den Begriff des subjektiven Rechts zu dem des geschützten Interesses zu erweitern. Deshalb sei auch das Briefgeheimnis ein Recht i. S. des § 823, I [158]). Ähnlich äußert sich v. Gierke [159]): Das BGB. habe, von einem zu engen Begriff des subjektiven Rechts ausgehend, ein verkünsteltes System geschaffen, das eine Fülle von Streitfragen hervorgerufen habe. Eine Unterscheidung zwischen subjektivem Recht und nur geschütztem Interesse sei nicht möglich; denn, sobald die Privatrechtsordnung ein „Gut" oder „Interesse" einer Person gegen Verletzungen schütze, erkenne sie es damit eben als subjektives Privatrecht an. Eltzbacher [160]) bezeichnet das Recht als die Stellung dessen, zu dessen Gunsten eine Rechtsnorm etwas vorschreibt, als die begünstigende Seite der Rechtsnorm.

Oertmann [161]) tadelt diese Auffassung vom Wesen des subjektiven Rechts als einen Rückfall in die Iheringsche Identifizierung von Recht und rechtlich geschütztem Interesse. Der Begriff des subjektiven Rechts werde durch sie zu unbrauchbarer und unklarer Weite verflüchtigt [162]). Die Gleichstellung von Recht und rechtlich geschütztem Interesse gehört auch zum mindesten unserem geltenden Recht nicht an [163]). Das ergibt sich zunächst aus § 823 selbst, nämlich aus der Gegenüberstellung der Abs. I und II, die, wollte man in jedem rechtlich geschützten Interesse ein Recht sehen, in objektiver Beziehung vollkommen zusammenfallen würden. Abs. II würde also nur eine untergeordnete Bedeutung zukommen. Weiter ist auf den Unterschied zwischen Vermächtnis (§ 2174) und Auflage (§ 2194) hinzuweisen, wo dem Begünstigten im ersten Fall ein Recht, die Leistung zu verlangen, eingeräumt wird, im anderen nicht, und derselbe Gegensatz ergibt sich aus § 328, wonach der durch Vertrag begünstigte Dritte ein Recht auf die Leistung nur erwirbt, wenn die Vertragschließenden es vereinbaren. Aus diesen Bestimmungen geht klar hervor, daß das geltende Recht von einer Unterscheidung von subjektivem Recht und rechtlich geschütztem Interesse ausgeht [164]). So werden auch von der überaus herrschenden Meinung die im § 823, I geschützten Güter: Leben, Gesundheit, Körper, Freiheit, trotz des recht-

---

[156]) v. Liszt a. a. O. S. 26; Gierke III (1917) S. 886; Eltzbacher, Handlungsfähigk. Bd. I S. 102, 110; Bunsen, Arch. f. Bürg. R. 23 S. 69.
[157]) a. a. O. S. 26.
[158]) a. a. O. S. 31.
[159]) a. a. O. S. 886.
[160]) a. a. O. S. 106 ff.
[161]) In DIZ. 1904 S. 619.
[162]) Oertmann, Komm. II, 2. S. 1380.
[163]) Allfeld, Krit. Vjschr. 43 S. 62 ff.
[164]) Oertmann, Komm. II, 2. S. 1380. Enneccerus I, 2. S. 663.

lichen Schutzes nicht als Rechte angesehen [165]). Ob ein Recht im subjektiven Sinne im Einzelfalle vorhanden ist, kann nicht daraus allein entschieden werden, daß das betreffende Interesse gesetzlich geschützt ist, sondern ist „eine verwickelte Schlußfolgerung aus der Gesamtheit der einzelnen Wirkungen“ [166]).

II. Sind nun aber alle subjektiven Rechte auch zugleich als „sonstige Rechte“ i. S. des § 823, I anzusehen? Unbestritten ist, daß als solche alle allwirksamen und damit vor allem die dinglichen Rechte anzusehen sind. Wäre die Miete ein dingliches Recht, dann würde dem Mieter ein Schadenersatzanspruch wegen Verletzung seines Mietrechts aus § 823, I gegeben werden können. Wir haben jedoch oben gesehen, daß die Miete trotz ihrer Wirksamkeit gegen Dritte auf Grund der Sonderregelung in §§ 571 ff. überwiegend schuldrechtliche Züge aufweist, haben daher die Auffassung Loenings, die Miete sei ein dingliches Recht, abgelehnt.

Loening schlägt einen recht eigenartigen Weg ein, um dem Mieter den Schutz aus § 823, I zu gewähren. Er geht von der hier vertretenen Ansicht aus, daß der Besitz allein kein durch § 823, I betroffenes „sonstiges Recht“ ist [167]). Aber die Verbindung von Besitz und Mietrecht rufe ein Geschütztsein nach § 823, I hervor [168]). Man fragt sich zunächst, wieso es noch nötig ist, den Besitz hier eine Rolle spielen zu lassen, wenn das Mietrecht allein schon, wie es Loening annimmt, ein absolutes Recht ist. Denn dann fällt das absolute Mietrecht als solches schon unter § 823, I. Ist es aber kein absolutes Recht, dann vermag das Hinzutreten des Besitzes an dem Grundcharakter der Miete nichts zu ändern, weil unserm Recht die Erscheinung, daß ein Recht durch Besitzeinräumung dinglich wird, nicht angehört. Loening glaubt seine Ansicht schon in der viel zitierten Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 59 S. 326 vertreten zu finden, da es dort heißt, daß das infolge der Besitzeinräumung von jedermann zu achtende Recht des Mieters auf ungestörte Benutzung der Mietsache zu den absoluten Rechten gehöre, von denen § 823, I handelt. Aber entgegen Loenings Annahme meint das RG. in dieser Entscheidung gerade den Besitz und nicht das Mietrecht. Wenn Loening sich daran stößt, daß hier von dem Recht des Mieters auf ungestörte Benutzung die Rede ist und darin anerkannt zu finden glaubt, daß es nicht der Mietbesitz, sondern das durch Besitzerwerb vervollständigte Mietrecht ist [169]), an welches das RG. den Schutz knüpft, dann berücksichtigt er nicht, daß die Ausdrucksweise des RG. mit der oben widerlegten Anschauung zusammenhängt, daß die Besitzeinräumung jedem Inhaber eines Rechts, nicht nur dem eines Mietrechts, die ungehinderte Benutzung gewährleistet.

III. Zu untersuchen bleibt, ob die Miete nicht als obligatorisches Recht zu den „sonstigen Rechten“ i. S. des § 823, I zu zählen ist. Die h. M. nimmt an, daß ein Recht, um des Schutzes des § 823, I teilhaftig

---

[165]) Oertmann, Komm. II, 2 S. 1378; Enneccerus I, 2. S. 633; a. M.: Staud. II, 3, 1773 e.
[166]) Leonhard, Lehrb. i. k. S. S. 13.
[167]) a. a. O. S. 154.
[168]) a. a. O. S. 155.
[169]) Loening a. a. O. S. 157.

werden zu können, absoluten Charakter haben müsse, daß Forderungsrechte nicht darunterfallen.

Daß eine Verletzung durch den Schuldner selbst von § 823, I nicht betroffen wird, wird wohl kaum noch bestritten[170]); anderenfalls wäre ja die Sonderbehandlung, die die Verletzung durch den Schuldner in ihren Voraussetzungen und Wirkungen im I. Teil des Schuldrechts erfahren hat, sinn- und zwecklos.

Aber da dem Wortlaut nach auch die Forderungsrechte zu den „sonstigen Rechten" zu zählen sind, wird vielfach angenommen, daß die schuldhafte Beeinträchtigung eines Schuldrechts durch einen Dritten eine Schadenersatzpflicht nach § 823, I erzeuge[171]). Nach dieser Ansicht würde die schuldhafte Beeinträchtigung des vom Vermieter zu gewährenden Mietgebrauchs durch eine Beschädigung der Mietsache oder durch Einwirkungen auf die Person des Vermieters, die diesen an der Erfüllung seiner Vermieterpflichten hindern, einen Anspruch gegenüber dem beeinträchtigenden Dritten hervorrufen. Das Hauptargument ist das, daß § 823, I die Bestimmung oder ein „sonstiges Recht" „in uneingeschränkter Allgemeinheit" enthalte[172]), und da das gesetzte Recht maßgebend sei, wird die in den Motiven[173]) ausgesprochene Meinung, daß obligatorische Rechte nicht unter § 823, I fallen, für unbeachtlich erklärt[174]).

Die oben erwähnten Beeinträchtigungen eines obligatorischen Rechts sind aber nach der geschichtlichen Entwicklung und nach dem System des BGB. nicht als schadenersatzbegründend anzusehen. Das BGB. mit seiner scharfen Scheidung zwischen Sachen- und Schuldrecht hat das im ALR. bestehende ius ad rem, wonach derjenige, der trotz Kenntnis des „fremden Rechts zur Sache" eine Sache für sich erwarb, zu Schadenersatz verpflichtet war, streng abgelehnt[175]). Die hier bekämpfte Ansicht würde zu einem Schadenersatzanspruch noch über das ALR. hinaus führen, da dort nur bei bewußtem Ansichbringen ein solcher eintrat. Gegen die Einbeziehung der Forderungsrechte spricht weiter, daß § 281 überflüssig wäre, wenn der Gläubiger schon einen unmittelbaren Anspruch gegen den Verletzer hätte. Unverständlich wäre auch, warum das Gesetz in den §§ 844, II und 845 dem nur obligatorisch Berechtigten noch ausdrücklich einen Schadenersatzanspruch gewährt, wenn dieser sich schon aus § 823, I ergeben sollte. Mit Recht wird auch darauf hingewiesen, daß die Einbeziehung der Forderungsrechte unter § 823, I den Verletzer einer Sache, auf die ein Dritter einen Anspruch hat, mit einer Mehrheit von schwer übersehbaren und schwer abgrenzbaren Ersatzverbindlichkeiten belegen würde, und daß mehrere Ersatzprozesse durch verschiedene Mieter und Käufer bedenklich wären[176]). Ein Schutz des Forderungsrechts nach § 823, I würde auch mit dessen Wesen unvereinbar sein. Es würde die Zuerkennung eines absoluten Charakters

---

170) Oertmann, II, 2. S. 1383; Enneccerus I, 2. S. 666.

171) v. Liszt a. a. O. S. 21; Cohn in Gruchot 43, 388; Kiß, Festschr. f. Zitelmann S. 16/17; Cosack-Mitteis I § 229 II, 2; Hesse a. a. O. S. 39 ff.

172) Hesse a. a. O. S. 40.

173) Bd. II S. 726 ff.

174) Hesse a. a. O. S. 40.

175) Mot. II S. 2, 3.

176) Leonhard, Lehrb. i. k. S. S. 107; Oertmann, Komm. II, 2 S. 1384.

bedeuten. Die h. M. steht darum auf dem Standpunkt, daß zu den „sonstigen Rechten“ nur solche Rechte gehören, die mit dem Eigentum den rechtlichen Charakter, mit dem Eigentum und den vorher aufgeführten Rechtsgütern das gemeinsam haben, daß sie von jedermann beachtet werden müssen [177]).

Nach einer mehr und mehr vordringenden Mittelmeinung [178]) soll allerdings die Verletzung des Forderungsrechts in bestimmten Fällen eine Schadenersatzpflicht nach § 823, I begründen. Hauptbeispiel ist der Fall, daß der Zedent vorsätzlich oder fahrlässig von dem mit der Zession unbekannten Schuldner Zahlung annimmt oder ihm die Schuld erläßt [179]). Begründet wird der Anspruch in diesem und in ähnlichen Fällen damit, daß hier ein Dritter unmittelbar in das Rechtsband der fremden Forderung einzugreifen vermöge [180]), daß es sich um eine direkte Verletzung des Forderungsrechts handele. In Wahrheit handelt es sich auch hier um die Verletzung eines absoluten Rechts, nämlich des Herrschaftsrechts an der Forderung, des Rechts des Gläubigers, allein mit Ausschluß aller über das ihm zustehende Recht zu verfügen, das man wegen seiner Wirkung gegen Dritte auch wohl als „Eigentum an der Forderung“ bezeichnen kann [181]).

Soweit das Recht des Mieters in Betracht kommt, führen die herrschende und die letztgenannte vermittelnde Meinung zu denselben Resultaten, weshalb eine nähere Prüfung der beiden Theorien unterbleiben kann. Denn eine Schädigung des Mieters kann durch Einwirkung auf die Mietsache oder auf die Person des Schuldners erfolgen, und in diesen Fällen, in denen jemand „nur in tatsächlicher Hinsicht“ [182]) auf die Forderung einwirkt, nimmt auch die letztgenannte Ansicht eine Haftung des Schädigers wegen der Verletzung des Forderungsrechts nicht an.

IV. Ist dem Mieter der Gebrauch der Mietsache bereits überlassen, dann genießt er den Schutz als Besitzer, und der Besitz wird durch § 823 geschützt. Streitig ist nur, ob Abs. I oder Abs. II oder ob beide Absätze des § 823 in Frage kommen.

1. Vereinzelt geblieben ist die Ansicht Eccius' [183]), daß die §§ 861 ff. die einzigen Klagen aus Verletzung des Besitzes regeln. Eccius geht davon aus, daß die Besitzansprüche mannigfachen Beschränkungen unterliegen. Aus diesen Beschränkungen ist jedoch nur zu entnehmen, daß sie Geltung haben sollen, soweit es sich lediglich um die in den §§ 861 ff. geregelten Ansprüche auf Wiedereinräumung und Beseitigung handelt, nicht aber, daß, wenn über diese Ansprüche hinaus noch ein Schadenersatzanspruch besteht, dieser nicht auf schuldhafte Verletzung des Besitzes gestützt werden könnte. Gegen Eccius' Ansicht sprechen auch die

---

[177]) RGR. Komm. zu § 823 S. 560; Planck II, 2. S. 1720; O. Chr. Fischer a. a. O. S. 132 ff.; Jung, Delikt u. Schadensverursf. S. 25 u. 30; H. A. Fischer a. a. O. S. 155; Oertmann, Festschr. f. Dernburg S. 61 ff.

[178]) Enneccerus I, 2 § 451; Oertmann, Komm. II, 2 S. 1383; Leonhard, Schuldr. § 24 und Lehrb. i. k. S. S. 107; Hagen a. a. O. S. 21 ff.

[179]) s. weitere Beispiele bei Enneccerus I, 2. S. 667.

[180]) Oertmann, Komm. II, 1 Vorbem. 3.

[181]) Leonhard, Lehrb. i. k. S. S. 23, 107.

[182]) Ebbecke, Recht 1912, S. 336.

[183]) In Gruchot Bd. 8 S. 53 ff.

Vorarbeiten [184]) zum BGB., die für eine schuldhaft begangene Verletzung des Besitzes einen Schadenersatzanspruch nach § 823, I oder II als gegeben angesehen haben. Ein gegenteiliger Standpunkt ist im Gesetz nicht zum Ausdruck gekommen. Eccius sieht sich überdies auch zu der von uns abgelehnten Folgerung genötigt, die Forderungsrechte unter § 823, I einzubeziehen, um den Mieter nicht ganz schutzlos zu lassen.

2. Kann eine Verletzung des Besitzes demnach einen Schadenersatzanspruch auf Grund des § 823 erzeugen, so ist doch streitig, auf welchen der beiden Absätze dieser sich stützen kann, ob der Besitz insbesondere als ein „sonstiges Recht" anzusehen ist, oder ob er nur deshalb Schutz genießt, weil § 858 als Schutzgesetz i. S. des § 823, II anzusehen ist.

Mit der ersten Streitfrage kommen wir zu dem alten Streit darüber, ob der Besitz ein Recht oder eine Tatsache ist. Von ihrer Entscheidung wird es abhängen, ob wir den Besitz den „sonstigen Rechten" zuzurechnen haben oder nicht. Denn die weitverbreitete Auffassung, der Besitz sei zwar kein Recht, aber eine Rechtsposition, der Besitzer habe keine wirkliche Rechtsstellung, sondern nur eine rechtsähnliche Stellung, was genüge, den Besitz den mit § 823, I getroffenen Rechten anzuschließen, ist von vornherein wegen ihrer Unklarheit in bezug auf die Natur des Besitzes und ihrer bedenklichen Ausweitung des Begriffs des „sonstigen Rechts" abzulehnen. Daß nur rechtlich geschützte Interessen keine „sonstigen Rechte" sind, ist oben festgestellt. Sollen nun „Rechtspositionen" noch eine Mittelstufe zwischen Recht und rechtlich geschütztem Interesse darstellen, und wo sollen die Unterschiede liegen? Sie dürften sich kaum finden lassen. Deshalb werden wir den Besitz, wenn wir uns nicht entschließen können, ihn als Recht zu bezeichnen, nicht unter der nichtssagenden Bezeichnung „Rechtsposition" zu den „sonstigen Rechten" zählen [185]).

Zur rechtlichen Natur des Besitzes selbst ist nun zu sagen, daß er in seiner reinsten Form auf tatsächliche Herrschaft abgestellt ist. Besitz als tatsächliche Herrschaft wird dem Eigentum als der rechtlichen Herrschaft gegenüber gestellt. Da der Begriff der „tatsächlichen Gewalt" nicht rein körperlich zu verstehen ist, ist der Besitz allerdings mehr als eine reine Naturtatsache [186]). Man mag meinen, daß die „Notwendigkeit einer geistigen Erschließung", um festzustellen, ob Besitz vorliegt, für seinen Rechtscharakter spreche [187]). Dann ist aber die Bindung an die stark tatsächliche Grundlage — denn Besitz im Sinne des Gesetzes ist doch der Zustand tatsächlicher Gewalt über eine Sache — ein noch wesentlicheres Argument dagegen. Der Besitz kann, anders als das Eigentum, ohne eine tatsächliche Grundlage nicht weiterbestehen, er ist einer selbständigen Existenz nicht fähig, und daher fallen die beiden angeblichen Bedeutungen des Besitzes, Besitz als tatsächliche Gewalt und Besitz als Inbegriff seiner Rechtsfolgen [188]), ja auch notwendig zusammen [189]), weshalb der Versuch, in der zweiten Bedeutung, im Be-

[184]) Mot. III S. 110; Prot. II S. 573.
[185]) a. M.: Oertmann, Komm. II, 2. S. 1386.
[186]) Hedemann a. a. O. S. 451.
[187]) v. Gierke, DPR. S. 213.
[188]) Windscheid-Kipp, Bd. I S. 794.
[189]) Rosenberg a. a. O. S. 9.

sitz als dem Inbegriff der an ihn geknüpften Rechtsfolgen, ein Recht zu sehen, als unzulässig abgelehnt werden muß.

Das Hauptargument, weshalb man den Besitz als „Recht" bezeichnen zu müssen glaubt, ist wohl der in den §§ 858 ff. gewährte Klagschutz. So hat v. Liszt [190]) auf Grund seiner oben abgelehnten Auffassung vom subjektiven Recht den privatrechtlichen Schutz für ausschlaggebend erklärt; ebenso meint Oertmann [191]), der Besitz werde insbesondere infolge des Schutzes gegen eigenmächtige Störungen „ohne weiteres" zu einem Recht. Aber wir haben bei der Untersuchung des Besitzstörungsanspruchs festgestellt, daß es sich keineswegs um einen „weit ausgebauten rechtlichen Schutz" [192]) handelt, weil der Besitzschutz lediglich die Aufrechterhaltung des äußeren Gewaltverhältnisses ohne Rücksicht auf eine bestimmte Willensrichtung des Besitzers [193]) bezweckt, und deshalb der Begriff der Besitzstörung weit enger ist als der der Eigentumsstörung. Und auch die Tatsache, daß der Besitz überhaupt geschützt wird, kann nicht für die Rechtsnatur geltend gemacht werden, wenn nicht zugleich der Nachweis gebracht wird, daß der Besitz „um seiner selbst willen" [194]), nicht nur der verbotenen Eigenmacht wegen geschützt wird, so daß das Recht des Besitzers nicht erst aus der Eigenmacht entsteht, sondern der Besitzer von vornherein ein Recht auf Unterlassung hat [195]). Aber selbst eifrige Verfechter der Rechtsnatur des Besitzes sehen den Grund des Besitzschutzes in der Aufrechterhaltung der öffentlichen Friedensordnung [196]), in der Hintanhaltung eigenmächtiger Rechtsverwirklichung. Kohler [197]) sieht sich deshalb auch genötigt, vom Besitz als einem Recht zur Erhaltung des allgemeinen Friedens, das jeder gleichsam als Beauftragter des Staates, als Verteidiger der Friedensordnung innehabe, zu sprechen. Damit ist aber in Wirklichkeit die Rechtsnatur des Besitzes geleugnet [198]). Mit Recht ist auch gefragt worden, worin das Recht des Besitzberechtigten bestehen soll, wenn man den normalen Fall annimmt, daß eine Störung des Berechtigten nicht stattfindet [199]); denn der Besitz enthält keine Befugnis zu irgendeinem Tun [200]), er geht lediglich darauf, nicht durch verbotene Eigenmacht beeinträchtigt zu werden. Der Anspruch auf Wiedereinräumung besteht nur, wenn der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen ist und nur gegenüber dem fehlerhaften Besitzer. Das Recht des Besitzers ist also ziemlich bedeutungslos. Hieraus folgt, daß durch den rechtlichen Schutz allein der Besitz ebensowenig zu einem Recht wird wie die von der Rechtsordnung im § 823, I auch geschützten Lebensgüter. Denn wie diese wegen der Verletzung wird der Besitz auch nur wegen besonderer Umstände, wegen der verbotenen Eigenmacht, nicht um seiner selbst willen, geschützt. Es ist also durch-

[190]) a. a. O. S. 21.
[191]) In Sächs. Arch. Bd. 10 S. 253 ff.
[192]) Hedemann, SR. S. 451.
[193]) Dies gegen Enneccerus I, 1 § 73.
[194]) Leonhard, Lehrb. i. k. S. S. 13.
[195]) Windscheid-Kipp, Bd. I S. 713.
[196]) Wolff § 17.
[197]) Enzykl. 1904 Bd. I S. 601.
[198]) a. M.: Kohler, Lehrb. II, 2 (1919) S. 32.
[199]) Eckstein, Ztschr. f. Zivilprozeß Bd. 43 S. 111.
[200]) Rosenberg a. a. O. S. 13.

aus zutreffend, wenn Binder[201]) den Besitz den Rechten deshalb nicht zurechnet, weil der Besitzschutz durchaus anderer Art ist als der Schutz subjektiver Privatrechte.

Der weitere Beweis für die Rechtsnatur des Besitzes wird in der Übertragbarkeit und der Vererblichkeit gesehen. So sagt Wolff[202]), nur die Vorstellung von dem Besitz als dem „Mutterrecht" der einzelnen Befugnisse des Besitzers veranschauliche diese Erscheinungen befriedigend. Bei Bekker heißt es: dadurch, daß der Besitz übertragen und vererbt werden könne, gehe er über das römische Recht hinaus und stehe damit also dem subjektiven Recht um so viel näher[203]). Gierke[204]) meint sogar, daß in der Übertragbarkeit und Vererblichkeit die von der Gewere ererbte Rechtsnatur ihren unzweideutigen Ausdruck finde.

Nun ist zwar im § 857 angeordnet, daß der Besitz auf den Erben übergeht. Wenn auch regelmäßig nur Rechte übergehen, so ergibt sich aus dieser Regelung jedoch um so weniger ein Zwang, auf ein subjektives Recht zu schließen, als in der Hauptsache praktische Gründe für die Einführung des § 857 in das BGB. — der 1. Entwurf folgte noch dem römischen und gemeinen Recht — maßgebend gewesen sind. Man wollte durch die Anerkennung des deutsch-rechtlichen Grundsatzes der Vererblichkeit eine einfache Gestaltung der Besitzverhältnisse und des Besitzschutzes nach dem Tode des Besitzers erreichen und Sonderbestimmungen, die sonst zum Schutze des Besitzes für die Zeit zwischen dem Tod des Besitzers und der Besitzergreifung durch den Erben erforderlich gewesen wären, hierdurch überflüssig machen[205]). Der Vorteil, den der Besitz gewährt, soll dem Erben erhalten bleiben, und das geschieht durch § 857, ohne daß damit gesagt ist, daß der Besitz als Recht anzusehen sei. Man könnte vielmehr aus der ausdrücklichen Regelung in § 857 schließen, daß er kein Recht ist, weil Rechte schon nach § 1922 übergehen. Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß der vererbte, aber noch nicht tatsächlich ergriffene Besitz in geringerem Umfange geschützt wird als der unmittelbare Besitz, daß er infolge der in den §§ 2025, 2029 angeordneten Beschränkungen nur als eine Minderform anzusehen ist[206]).

Ebensowenig wie die Vererblichkeit ist die Übertragbarkeit des Besitzes ein Argument für seine Rechtsnatur. Es gibt auch eine rechtliche Nachfolge in Tatbestände, die keine Rechte sind[207]). Eine wirkliche Rechtsnachfolge in den Besitz gibt es nicht; denn, abgesehen vom Falle des Erbganges, wird man nur durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt Besitzer. Es kommt beim Besitzerwerb für die Frage, ob jemand Besitzer geworden ist oder nicht, nur darauf an, ob er das erforderliche Verhältnis zur Sache hergestellt hat oder nicht[208]); wie es geschehen ist, ist gleichgültig.

---

201) In ZHR. 59 S. 35 ff.
202) a. a. O. § 3.
203) Bekker a. a. O. S. 18.
204) Bd. II S. 213.
205) Denkschr. S. 110.
206) Leonhard, Erbrecht S. 162.
207) Rosenberg a. a. O. S. 36; Planck zu § 1922, 2a; Strohal, Iher. Jb. 38 S. 63 f.
208) Binder, ZHR. 59 S. 35 ff.

Wenn das BGB. selbst von einer Rechtsnachfolge im Besitz spricht (§§ 221, 861, II, 862, II, 943, 999), dann ist hier der Ausdruck nicht streng technisch gebraucht[209]) und deshalb hieraus nichts für die Rechtsnatur des Besitzes zu schließen[210]).

Der Besitz verhält sich in wichtigen Punkten anders als ein subjektives Recht. Weder die Besitzbegründung[211]), noch die Aufgabe des Besitzes[212]) sind als Rechtsgeschäfte aufzufassen, weil es immer nur darauf ankommt, ob ein Zustand besteht, der als tatsächliche Gewalt angesprochen werden kann oder nicht. Deshalb ist, um die tatsächliche Gewalt zu begründen oder aufzugeben, Geschäftsfähigkeit nicht erforderlich. Auch eine Anfechtung wegen Willensmängel ist in beiden Fällen nicht zulässig[213]).

Bemerkenswert ist, daß die, die den Besitz als Recht bezeichnen, genötigt sind, ihn als „Recht besonderer Natur"[214]), das zu allen anderen Rechten in bestimmtem Gegensatz stehe[215]), anzusehen oder ihn als soziales Institut, das sich nicht nach den Grundsätzen des individualistischen Rechts richtet[216]), zu bezeichnen. Mit solchen Wendungen sucht man vieles zu erklären, was sonst für die hier vertretene Ansicht vorgebracht wird, daß der Besitz kein Recht ist. So hält Planck[217]) es im Interesse der Klarheit der Bestimmungen für dankenswert, daß in den §§ 268 und 1414 (s. auch §§ 1462, 1533, 1537, II) der Besitz ausdrücklich neben den Rechten miterwähnt ist. Aber das Gesetz dürfte, wie sich auch aus dem Aufbau des III. Buches ergibt, doch von dem Gegensatz zwischen Recht und Besitz ausgegangen sein, wie sich ja auch schon aus der Gegenüberstellung der §§ 857 und 1922 ergeben hat. Weiter ist nach § 865 an wesentlichen Bestandteilen einer Sache, insbesondere an abgesonderten Wohnräumen, Besitz möglich, während gemäß § 93 wesentliche Bestandteile nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können. Wäre der Besitz ein Recht, dann wäre er ein Recht an einer Sache. Als solches wird er nicht behandelt. So ist ihm das Grundbuch nicht geöffnet, der Besitz eines Nichteigentümers ist keine „Belastung" und die Besitzübertragung keine Verfügung[218]).

Bei den wichtigsten Folgen, die an den Besitz geknüpft sind, beim Eigentumserwerb (§ 929), bei den Vermutungen (§§ 1006, 1055, 1227, 1248), beim Vertrauensschutz (§§ 932 ff., 1032, 1207) und bei der Eigentumsverlustklage (§ 1007) wirkt er als Tatsache[219]). Hedemann[220]) weist auf das fragwürdige Bild hin, das bestehen würde, wenn man

---

[209]) Rosenberg a. a. O. S. 37; Oertmann, Ziv. Arch. 113, S. 88.
[210]) a. M.: Wolff a. a. O. S. 11; Endemann a. a. O. S. 132.
[211]) Wolff § 10; Manigk a. a. O. §§ 161 ff., 168; a. M.: Kohler, Arch. Bürg. R. Bd. 18 S. 79.
[212]) Rosenberg a. a. O. S. 50; Gierke, Bd. II S. 43; a. M.: Dernburg, SR. § 21; Endemann § 40.
[213]) Rosenberg a. a. O. S. 29; Manigk a. a. O. § 162.
[214]) Bekker a. a. O. S. 18.
[215]) Planck, Bd. III S. 32.
[216]) Kohler, Lehrb. II, 2 (1919) S. 32.
[217]) Bd. III S. 32.
[218]) Wolff a. a. O. S. 11.
[219]) Rosenberg a. a. O. S. 13; Leonhard, Lehrb. i. k. S. S. 115.
[220]) S. R. S. 451.

erst ein Recht, nämlich den Besitz, erwerben müßte, um dadurch zu einem anderen Recht, z. B. dem Eigentum oder dem Pfandrecht, zu gelangen. Die Klage aus § 1007 ist keine „Besitzrechtsklage“, die aus dem im Besitz selbst liegenden Rechte fließt[221]), sie soll nur die „scheinbare Rechtslage“[222]) schützen, wie sie durch die Tatsache hervorgerufen wird, daß jemand eine bewegliche Sache auch nur im Besitz gehabt hat, und der neue Besitzer schlechter berechtigt erscheint.

Auf Grund all dieser Untersuchungen ergibt sich, daß der Besitz kein Recht, sondern eine Tatsache ist[223]). Der Satz Windscheids[224]), der Besitz sei so wenig ein Recht, daß er gar nicht definiert werden könne, ohne daß er als Tatsache dem Recht entgegengesetzt werde, hat auch für das BGB. noch Geltung.

Es mag zum Schluß noch erwähnt werden, daß für die Verfechter der Rechtsnatur des Besitzes wegen der „besonderen Natur“ dieses Rechtes im Grunde wenig gewonnen ist. Denn für die Anwendbarkeit in Fällen, wo nur von Rechten die Rede ist, wie z. B. in § 771 ZPO. von dem die Veräußerung in der Zwangsvollstreckung hindernden Recht eines Dritten, wie auch in § 823, I vom „sonstigen Recht“, bleiben eben wegen des „fremdartigen Wesens“[225]) des „Besitzrechts“ noch starke Zweifel bestehen[226]), ob der Besitz nun als Recht i. S. dieser Paragraphen anzusehen ist. Oertmann[227]) z. B. sieht den Besitz nicht als Recht i. S. des § 771 ZPO. an, obwohl er sonst die Ansicht vertritt, daß der Besitz ein absolutes Recht ist[228]).

Die Entscheidungen des Reichsgerichts vermeiden es übrigens auch vielfach, den Besitz als Recht zu bezeichnen. So heißt es in RGZ. 91, 65: Der Besitz werde in Ansehung des Rechtsschutzes gleich einem Recht behandelt und falle deshalb unter die „sonstigen Rechte“ und in RG. Z. 105, 218: Der Besitz sei i. S. des § 823, I den dort geschützten Rechten anzuschließen. Aber es ist oben bereits abgelehnt, den Besitz den „sonstigen Rechten“ „anzuschließen“, wenn er nur in gewissen Beziehungen „gleich einem Recht behandelt“ wird und er deshalb allenfalls als „rechtliche Position“, nicht aber als Recht bezeichnet werden kann. Da man ihn als ein solches nicht ansehen kann, ist er auch nicht als Recht i. S. des § 823, I zu betrachten. Damit erlangt der Mieter durch die Überlassung des Besitzes also auch keinen Schutz nach § 823, I.

B. Der Schutz des Mieters durch § 823, II BGB.

I. Um festzustellen, wie weit der Mieter aus § 823, II Schadenersatzansprüche geltend machen kann, ist zunächst zu untersuchen, was unter einem den „Schutz eines anderen bezweckenden Gesetz“ zu verstehen ist. Hierüber herrscht viel Streit.

[221]) a. M.: Planck, Bd. III S. 530; Wolff § 23.
[222]) Leonhard, Lehrb. i. k. S. S. 119.
[223]) Rosenberg, Komm. S. 13, Bauer a. a. O. S. 77, beide mit weiteren Angaben für und wider; Leonhard, Lehrb. i. k. S. S. 15; a. M.: Oertmann, Komm. II, 2, S. 1386; Wolff, SR. S. 11.
[224]) a. a. O. 5. Aufl. Bd. I S. 455.
[225]) Hedemann a. a. O. S. 445.
[226]) s. Planck, Komm. Bd. III S. 33.
[227]) In Sächs. Arch. Bd. 10 S. 257.
[228]) Komm. II, 2 S. 1386.

1. Gesetz i. S. des § 823, II ist jede Rechtsnorm (Art. 2 EG. BGB.). Aber nicht jede Rechtsnorm ist ein „Schutzgesetz". Es kommen vielmehr nur Gebote und Verbote in Betracht, in denen ein bestimmtes Gut als schutzbedürftig und schutzwürdig anerkannt ist [229]).

Als zu eng abzulehnen ist die Auffassung v. Liszts [230]), der den Abs. II nur auf polizeiliche Vorschriften beschränkt wissen will, auf diejenigen Gebote und Verbote, durch die nicht die Verletzung, sondern die Gefährdung eines Rechtsguts hintan gehalten werden soll. Diese Auslegung von v. Liszt beruht auf seiner oben abgelehnten Ansicht über das „sonstige Recht" als dem „rechtlich geschützten Interesse". Versteht man mit der richtigen Ansicht unter einem „sonstigen Recht" nur die subjektiven Privatrechte, dann bildet Abs. II die notwendige Ergänzung zu Abs. I in bezug auf die nicht als subjektive Rechte anerkannten Rechtsgüter [231]), und eine Beschränkung auf die Vorschriften, die eine Gefährdung hintanhalten sollen, erscheint willkürlich. Sie würde auch eine empfindliche Lücke für diejenigen Rechtsgüter schaffen, die nur gegen Verletzung geschützt sind. Als Schutzgesetze sind also alle Gebote und Verbote anzusehen, die Schutz gegen Verletzung und Gefährdung gewähren.

2. Besonders umstritten ist weiter, was unter den Worten „eines andern" zu verstehen ist. Die engste Auslegung versteht darunter nur solche Gesetze, deren Übertretung die Interessen bestimmter einzelner verletzt oder gefährdet [232]). Lenel [233]) hält für diese Auffassung den Gebrauch des Singulars „eines andern" für entscheidend, obwohl er die Wendung als „steif, ungelenk und der Mißdeutung ausgesetzt" bezeichnen muß, weil Rechtsnormen niemals zum Schutze nur einer Person dienen sollen.

Diese engere Ansicht schränkt das Anwendungsgebiet des § 823, II bedenklich ein und läßt beachtliche Interessen schutzlos. Sie sieht sich zu schwierigen Unterscheidungen zwischen Verletzungsdelikten einerseits, Gefährdungs- und Polizeideliktenandrerseits genötigt [234]). Beides vermeidet die h. M. [235]), nach der auch solche Gesetze als Schutzgesetze anzusehen sind, die die Gesamtheit, zwar nicht als Einheit, aber als Summe der einzelnen, schützen sollen. Aus der Strafdrohung gegen Hoch- und Landesverrat entstehen auch nach der h. M. keine Schadenersatzansprüche des einzelnen auf Grund des § 823, II, weil es sich hierbei um Rechtsnormen handelt, die dem Schutz der Gesamtheit als Staat dienen. Auf der Verkennung der von der herrschenden Lehre gemachten scharfen Unterscheidung zwischen „Gesamtheit als Staat" und „Gesamtheit als Publikum", d. h. als Summe der einzelnen, beruhen vielfach die Angriffe der die engere Auslegung vertretenden Schriftsteller [236]). Auch der der h. L. gemachte

---

[229]) Buß a. a. O. S. 26.
[230]) a. a. O. S. 32.
[231]) Traeger a. a. O. S. 378.
[232]) Detmold a. a. O. S. 317; Lenel, DJZ. 1897 S. 409; Linckelmann a. a. O. S. 24; G. Müller, Seuff. Bl. 65, 379.
[233]) a. a. O. S. 411.
[234]) s. Detmold a. a. O. S. 346—351.
[235]) Enneccerus I, 2 § 452; Oertmann, Komm. II, 2. S. 1388; Cosack § 229, II, 2 b; Traeger a. a. O. S. 376 ff.; Bauer a. a. O. S. 40 ff., 47 ff., 64.
[236]) So z. B. Linckelmann, Arch. Bürg. R. Bd. 13 S. 88; Dernburg Bd. II S. 616.

Vorwurf, sie führe zu einer unbillig ausgeweiteten Haftung über Billigkeit und Bedürfnis hinaus, ist vielfach dadurch entstanden, daß man nicht genügend beachtete, daß das durch ein Gesetz mit besonderem Schutze versehene Rechtsgut, auch gerade infolge der Verwirklichung einer Gefahr verletzt worden sein muß, wie sie zu verhüten die Schutznorm bezweckt [237]). Mit der h. L. ist daran festzuhalten, daß auch die dem Schutz der Gesamtheit dienenden Gesetze als Schutzgesetze anzusehen sind, wenn sie nur daneben den Schutz des einzelnen im Auge haben.

II, 1. Als Schutzgesetz kommt zunächst für den Mieter § 858 in Betracht. Die Ansicht, privatrechtliche Gesetze könnten keine Schutzgesetze i. S. des § 823, II sein [238]), hat immer mehr an Anhängern verloren. Es ist falsch, mit Kipp die Vorschriften des bürgerlichen Rechts samt und sonders deshalb auszuschließen, weil die Rechtspflichten, die das BGB. aufstelle, nur im Zusammenhang der Rechtsverhältnisse zu würdigen seien, zu denen die in Frage kommenden Vorschriften gehören. Wenn das auch in der Mehrzahl der Fälle stimmen mag, so gibt es doch im BGB. Vorschriften, die den Charakter von „Schutz- und Fürsorgebestimmungen zugunsten bestimmter sozialer Schichten oder des Publikums“[239]) aufweisen, bei denen der „Zweck einer besonderen Schutzgewährung“ erkennbar ist [240]), und die nicht, wie in der Regel, den Macht- und Pflichtenkreis des einzelnen zu bestimmen bezwecken. Daß die Vorschriften des BGB. auch Schutzgesetze i. S. des § 823, II sein können, wird heute überwiegend anerkannt [241]).

§ 858 ist als ein solches Schutzgesetz anzusehen [242]); denn er bezeichnet es als widerrechtlich und verbietet es somit, dem Besitzer ohne seinen Willen den Besitz zu entziehen oder ihn in seinem Besitz zu stören, ist also ein den Schutz des Besitzers bezweckendes Verbotsgesetz. Da er eine Vorschrift ist, die im Interesse des einzelnen erlassen ist, wird dieses auch von Detmold [243]) angenommen. Fischer bezeichnet ihn sogar als das „Muster eines Schutzgesetzes [244]).

Dieser Schutz, den der Besitzer auf Grund des § 823, II in Verbindung mit § 858 genießt, kommt nach der Untersuchung des II. Teils der vorliegenden Arbeit jedoch nur für wirkliche Eingriffe in die tatsächliche Gewalt in Frage. Denn nur diese bezweckt der § 858 hintanzuhalten.

2. Soweit es sich um andere Störungen des Mieters handelt, z. B. solche durch üble Gerüche und Geräusche, wird, weil meistens ein Eingriff in die tatsächliche Gewalt nicht vorliegt, ein Schadenersatzanspruch auf Grund der §§ 823, II/858 nicht gegeben sein. Damit entsteht scheinbar eine große Lücke. Aber ein Schaden dürfte durch derartige

---

237) s. darüber Traeger S. 384 f.

238) Cosack, 4. Aufl.; Oertmann, 1. Aufl.; Kipp, Gruchot, Bd. 66 S. 508; anders Cosack, 7. Aufl.; Oertmann, 5. Aufl. S. 1391.

239) Oertmann, Komm. II, 2. S. 1391.

240) Enneccerus II, 1 § 229.

241) Planck II, 2 S. 1744; Oertmann II, 2 S. 1391; Enneccerus I, 2 S. 673; Staud. II, 2 S. 1795.

242) s. die in Bem. 3 Genannten und RG. 59, 326 ff.; Gruchot 59, 986; Seuff. Bl. 70, 128.

243) a. a. O. S. 325.

244) O. Chr. Fischer a. a. O. S. 137.

Immissionen in der Regel nicht entstanden sein, und, soweit er vorhanden ist, wird der Mieter einen Ersatzanspruch meistens auf andere Schutzgesetze stützen können. Gerade hier ist es für uns wichtig, daß wir im Gegensatz zu den Vertretern einer engen Interpretation der Worte „eines andern" die Gefährdungs- und die polizeilichen Delikte, die im Interesse der öffentlichen Ordnung gegeben sind, mit unter die Schutzgesetze i. S. des § 823, II einbezogen haben.

So wird z. B. der Mieter gegenüber ruhestörendem Lärm, falls hierdurch ein Schaden herbeigeführt ist, einen Anspruch aus § 360, 11 StGB. in Verbindung mit § 823, II haben. Denn § 360, 11 StGB. bezweckt neben dem Schutz der Allgemeinheit auch den Schutz des einzelnen vor ruhestörendem Lärm. Der Anwendung des § 360, 11 würde es nicht entgegenstehen, daß die Ruhestörung innerhalb einer anderen Mietwohnung geschieht [245]). Wenn man an dem Erfordernis festhält, daß diese sich gegen eine unbestimmte Mehrheit von Personen richten müsse [246]), dann wird der Anspruch trotzdem meist für den Mieter gegeben sein, weil auch die Mieterschaft eines Mietshauses als ein solcher nicht abgeschlossener Personenkreis angesehen werden kann [247]).

C. In vielen Fällen, man denke nur an schikanöse Lärmerregungen durch den Nachbarmieter, wird dem Mieter auch durch einen Anspruch aus § 826 geholfen werden können.

IV. Teil:

Die allgemeine Unterlassungsklage und ihre Bedeutung für den Schutz des Mieters.

Im letzten Teil bleibt zu untersuchen, ob und wieweit für den Mieter ein Rechtsschutz gegen Störungen auf Grund der sog. allgemeinen Unterlassungsklage besteht. Es sind dabei die verschiedenen Anschauungen und Begründungen über diese sehr umstrittene Klage zu erörtern und zu würdigen. Insbesondere ist zu prüfen, ob eine Unterlassungsklage dem nur Forderungsberechtigten zusteht — die Frage ist oben schon kurz verneint worden — und ob die Gewährung einer Unterlassungsklage bei einer bloßen Verletzung von Rechtsgütern, die dem Mieter in vielen Fällen einen direkten Klagschutz gegenüber Störungen durch Dritte geben würde, zugelassen werden kann.

Das geltende Recht hat in vielen Einzelfällen eine Unterlassungsklage anerkannt. So ist eine solche ausgesprochen für fast sämtliche dinglichen Rechte (§§ 1004, 1017, 1027, 1065, 1090, 1107, 1134, 1193, 1227), für den Sach- und Rechtsbesitz (§§ 862, 1029, 1090), für das Namens- und Firmenrecht (§ 12 BGB., § 37 HGB.), zum Schutz des Rechts auf ungestörten Gewerbebetrieb (§§ 1, 3, 14, 16 UWG.). Nicht ausdrücklich gegeben, aber allgemein anerkannt ist die Unterlassungsklage für die Immaterialgüterrechte als Folge der ausschließlichen Herrschaft über

---

245) Leipz. Komm. zu § 360, 11; OLG. München Str. 4 S. 372.
246) Frank zu § 360, 11. RG. 13, 366; a. M.: Binding, Lehrb. Bd. I S. 189.
247) Goltd. Arch. 72, 159.

das Geistesprodukt. Von diesen ausdrücklich anerkannten Unterlassungsklagen geht die Untersuchung über die Gewährung einer allgemeinen Unterlassungsklage aus.

A. Die Theorie Eltzbachers.

Eltzbacher[248]) behauptet, in diesen Bestimmungen unserer Rechtsordnung trete der allgemeine Grundsatz in Erscheinung, daß überall dort, wo ein Privatrecht verletzt sei, und infolgedessen ein künftiges verletzendes Tun des Verletzers befürchtet werden müsse, der Berechtigte auf Unterlassung klagen könne.

Nun nennt aber Eltzbacher schon die Tatsache, daß eine Vorschrift um jemandes willen andere einschränkt, Recht[249]). Für ihn ist Recht die Stellung dessen, zu dessen Gunsten eine Rechtsnorm etwas vorschreibt, die „begünstigende Seite der Rechtsnorm“[250]). Eltzbacher kommt auf Grund dieser oben bereits mehrfach verworfenen Auffassung über das subjektive Recht zur Gewährung einer Unterlassungsklage bei der Verletzung eines jeden bloß rechtlich geschützten Interesses.

Ein Recht des Forderungsberechtigten, wie z. B. des nur obligatorisch berechtigten Mieters gegenüber Dritten, die ihn in der Ausübung seines Mietgebrauchs stören, erkennt auch Eltzbacher trotz der weiten Ausdehnung, die er der Unterlassungsklage gibt, nicht an. Er betont vielmehr streng den Unterschied zwischen Ausschließungsrechten, die gegen jedermann gehen, und Forderungsrechten, die sich nur gegen den einen oder anderen richten[251]). Eltzbachers Ansicht zaubert aber eine „Fülle ungeahnter Privatrechte“ hervor[252]). So führt sie zur Anerkennung eines Rechts darauf, daß niemand durch Tierquälerei unser Menschlichkeitsgefühl (§ 360, 13 StGB.) oder durch eine öffentliche Gotteslästerung unser religiöses Gefühl (§ 166 StGB.) verletzt[253]). Weil es sich hier um ein subjektives Recht handele, erkennt Eltzbacher eine Unterlassungsklage an, und ebenso würde nach Eltzbachers Auffassung der Mieter berechtigt sein, auf Unterlassung ruhestörenden Lärms zu klagen[254]), weil jeder ein Recht darauf habe, nicht durch ungebührliche Erregung von ruhestörendem Lärm belästigt zu werden.

Behalten wir das von Eltzbacher selbst aufgestellte Erfordernis der Verletzung eines Privatrechts bei, dann müssen wir zur Ablehnung der Unterlassungsklage in dem von Eltzbacher gewährten Umfange kommen, da eine Verletzung eines subjektiven Rechts in den oben angeführten Fällen nicht vorliegt. Es bleibt dann die Frage, ob nicht die Verletzung eines bloß rechtlich geschützten Interesses eine Unterlassungsklage begründen kann.

B. Die Theorie des Reichsgerichts.

1. Das hat das Reichsgericht in der Tat angenommen. Die Betrachtungsweise des Reichsgerichts stand nicht von Anfang an in ihren Grund-

---

[248]) Unterlassungsklage S. 96
[249]) a. a. O. S. 104.
[250]) Handlungsfähigkeit Bd. I S. 106 ff.
[251]) Unterlassungsklage S. 123 f., Handlungsfäh. I S. 263—273.
[252]) Hedemann, Arch. Bürg. R. 31 S. 356.
[253]) s. auch die Beispiele bei Flad a. a. O. S. 354.
[254]) Unterlassungskl. S. 138.

linien fest [255]). Nach Inkrafttreten des BGB. wurde in Bd. 48 S. 114 unter Bezugnahme auf Gesichtspunkte, die das RG. schon in Bd. 25 S. 247 und Bd. 38 S. 370 für Fälle des badisch-französischen Rechts geltend gemacht hatte, der Grundsatz aufgestellt, daß eine Unterlassungsklage wenigstens da zu gewähren sei, wo ein unerlaubtes Verhalten bereits verwirklicht wurde und weitere Eingriffe zu befürchten sind. Diese vom Reichsgericht auch in späteren Entscheidungen aufrechterhaltene Konstruktion [256]) hat von einer Analogie zur negatorischen Klage ausdrücklich abgesehen [257]). Sie ist, weil hier der Tatbestand des Delikts nicht nur objektiv, sondern auch subjektiv erfüllt sein muß, in der Rechtslehre als „deliktische" Unterlassungsklage bezeichnet worden [258]).

Eine Fortbildung und schärfere Umgrenzung erfuhr die Theorie des Reichsgerichts dann in RG. Z. Bd. 60 S. 6 ff. und Bd. 61 S. 366 ff. Dort ist ausdrücklich auf das Erfordernis des Verschuldens zur Begründung der Unterlassungsklage verzichtet worden, weil die Billigkeit es zwar erfordern möge, die Schadenersatzpflicht nur beim Vorhandensein einer Schuld anzuerkennen, es aber ein Gebot der Gerechtigkeit sei, gegen die Wiederholung auch nur objektiv widerrechtlicher Eingriffe einen Schutz zu geben, damit der Zufügung weiteren Schadens vorgebeugt werde. In rechtsähnlicher Anwendung der §§ 12, 862, 1004 BGB. wird eine Klage auf Unterlassung gegen den nur objektiv widerrechtlichen Eingriff in ein vom Gesetz geschütztes Recht oder Rechtsgut anerkannt, wenn weitere Eingriffe zu befürchten sind. Und dieser Grundsatz ist auch weiterhin in den Entscheidungen des RG. vertreten worden [259]), wobei ausdrücklich im Bd. 116 S. 153 betont wird, daß es sich hier um eine Ausdehnung des in den §§ 12, 862, 1004 enthaltenen Rechtsgedankens in Anerkennung eines Verkehrsbedürfnisses über den Kreis der absoluten Rechte hinaus auf den Schutz sonstiger Rechtsgüter gegen die Wiederholung rechtswidriger Eingriffe handelt. Praktisch ist durch diese sog. „quasinegatorische" Unterlassungsklage die besondere Konstruktion einer deliktischen Unterlassungsklage, wie sie in Bd. 48 S. 114 vertreten wurde, überflüssig gemacht worden [260]).

Trotz der oftmals schiefen Ausdrucksweise [261]) und trotz der Betonung, daß die Unterlassungsklage einem dringenden Rechtsschutzbedürfnis entspringe, hat das RG. keineswegs gegenüber allen Rechten und Rechtsgütern einen Unterlassungsanspruch anerkannt, sondern nur, soweit es sich um einen Eingriff in ein durch den 25. Titel des II. Teils des Rechts der Schuldverhältnisse geschütztes Rechtsgut handelt, weshalb die Klage auch „Klage aus unerlaubter Handlung" oder „Klage wegen unerlaubter Handlung" genannt wird.

Der Gesichtspunkt der Analogie ist vom Reichsgericht nicht verwertet worden [262]). Wenn das RG. in seinen Entscheidungen von einer ana-

---

[255]) Flad a. a. O. S. 362.
[256]) RG. Bd. 56 S. 286; 78 S. 257; s. auch Endemann, Bd. I § 201.
[257]) RG. 48 S. 120.
[258]) Enneccerus-Lehmann S. 772.
[259]) RG. 95 S. 339; 109, 276; 116, 153.
[260]) s. Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 773; RGR. Komm. zu § 823; Salinger a. a. O. S. 275.
[261]) „Recht" in RG. Z. 60 S. 6; s. dazu Schulz-Schaeffer a. a. O. S. 167.
[262]) a. M.: Lippmann a. a. O. S. 128; Lesser a. a. O. S. 106; Ulrich a. a. O. S. 246.

logen Anwendung der §§ 12, 862, 1004 oder von einer actio quasi negatoria spricht, dann soll das nicht die Zulässigkeit der Unterlassungsklage an sich erklären. Der Gesichtspunkt der Analogie ist vielmehr vom RG. nur herangezogen worden, um die Erstreckung der Unterlassungsklage auf Fälle eines bloß objektiv rechtswidrigen Eingriffs zu begründen, da man sonst dem RG. hätte entgegenhalten können, daß in den Vorschriften über die unerlaubte Handlung nur von einer Pflicht zur Unterlassung schuldhaft begangener, nicht aber nur objektiv widerrechtlicher Handlungen die Rede ist [263]).

Der rechtliche Kern der Rechtsprechung des Reichsgerichts liegt in folgendem. Schon in Bd. 48 S. 120 war gesagt: „Hier — bei § 826 BGB. — wie bei Artikel 1382 Code civil enthält die Gesetzesstelle, wenn sie auch nur ausdrücklich die Schadenersatzpflicht statuiert, doch der Sache nach zugleich den Ausdruck der Verbindlichkeit zur Unterlassung, und hier wie dort paßt die Erwägung, daß das Gesetz, wenn es ein Recht gewährt oder eine Verpflichtung auferlegt, auch die Möglichkeit gewähren muß, den Anspruch hierauf, also zutreffendenfalls den Anspruch auf Unterlassung, gegen den Verpflichteten im Wege der Klage verfolgen zu lassen.“ Von dieser Gleichstellung der Gewährung eines Rechts und der Auferlegung einer Verpflichtung und von seiner Erwägung, daß auch die letztere die Klagmöglichkeit geben müsse, ist das RG. zur Anerkennung der Unterlassungsklage gekommen. In der Feststellung der Schadenersatzpflicht der §§ 823 ff. liege ein Verbot der schädigenden Handlung, deshalb bestehe eine Unterlassungspflicht. Ist das bis dahin annehmbar, dann muß es Bedenken erwecken, wenn das RG. jetzt behauptet, daß jeder einen Unterlassungsanspruch habe, den er im Wege der Klage geltend machen können müsse.

Auch in der Rechtslehre findet sich die Ansicht des Reichsgerichts. So hatte schon Kohler [264]), unabhängig vom RG., behauptet, daß aus § 826 ein Anspruch auf Unterlassung zu entnehmen sei, weil es sich von selbst verstehe, daß die Rechtsordnung, wenn sie eine Handlungsweise als zum Schadenersatz verpflichtend charakterisiere, damit die Pflicht statuiere, diese Handlungsweise zu unterlassen. Ähnlich meint Fuld [265]), die Unterlassungsklage folge aus dem Wesen der Rechtsverletzung, aus dem Charakter der unerlaubten Handlung. Es sei undenkbar, daß das Gesetz dem Geschädigten einen Schadenersatzanspruch, nicht aber das Recht auf Unterlassung der Beeinträchtigungen gewähre. Ebenso nimmt Enneccerus [266]), nachdem er die Begründung Eltzbachers auf das entschiedenste abgelehnt hat, weil sie den Begriff des subjektiven Rechts in die Tatsache verflüchtige, daß anderen zu jemandes Gunsten etwas verboten sei, die Ansicht des Reichsgerichts auf, wenn er sagt, das in den für die Ausschlußrechte gegebenen Bestimmungen enthaltene „höhere Prinzip“ beschränke sich nicht auf die subjektiven Rechte, es gehe vielmehr dahin, daß der „drohenden Wiederholung rechtswidriger andere schädigender Handlungen ein Riegel vorgeschoben werden solle“. Die Theorie des Reichsgerichts hat weiter Anerkennung gefunden im RGR.-

---

[263]) Lehmann a. a. O. S. 124.
[264]) In Goltd. Arch. 47 S. 157.
[265]) in Gruchot 47 S. 373; Sächs. Arch. 02 S. 257 ff.
[266]) a. a. O. 10. Aufl. § 465.

Kommentar[267]), bei Planck[268]), Cosack[269]), Schulz-Schaeffer[270]) und Jung[271]).

Nun besteht nach dem Gesetz ein Unterlassungsanspruch nur, wo ein Recht gewährt ist, nicht aber, wo nur eine Pflicht auferlegt ist. Auch Flad[272]) sagt, daß die „unmittelbare Grundlage" eines Unterlassungsanspruchs fehle, weil kein subjektives Recht vorliege, das ein Störungsverbot in sich schließt, und die Rechtsordnung an den Tatbestand der unerlaubten Handlung nur einen Schadenersatzanspruch anknüpfe. Aber die „prätorische Weiterbildung", die die Rechtsprechung vorgenommen habe, bestehe darin, daß die absoluten Verbote, wie sie in den Vorschriften des 25. Titels ausgesprochen seien, als ausreichende Grundlage des Unterlassungsanspruchs angesehen, die dort geschützten Rechtsgüter insoweit den absoluten Rechten angenähert würden, und dem Unterlassungsanspruch Klagschutz gewährt werde. Alles dies geschehe, ohne den in Frage kommenden Rechtsgütern den Charakter subjektiver oder gar absoluter Rechte zuzuerkennen.

2. Im schroffen Gegensatz dazu behauptet Salinger[273]), daß dem BGB. der Begriff eines von dem subjektiven Privatrecht verschiedenen, diesem jedoch in gewissen Beziehungen gleichzubehandelnden Rechtsguts oder rechtlichen Interesses völlig fremd sei. Das BGB. setze im 25. Titel lediglich eine Schadenersatzpflicht fest. Die Begründung des Reichsgerichts und seiner Anhänger hat auch sonst viele entschiedene Gegner gefunden[274]).

Abzulehnen ist zunächst die Heranziehung der in den §§ 1, 3, 13, 14, 16 UWG. geregelten Unterlassungsansprüche und -klagen. Denn will man in diesen Bestimmungen keine positiv-rechtliche Ausnahme von dem Grundsatz sehen, daß nur Ausschlußrechte eine gegen jedermann wirksame Klage gewähren, dann bleibt die Möglichkeit, hierin die Anerkennung eines Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebe zu sehen, was auch Enneccerus[275]) zugibt. Das RG. selbst hat ebenfalls bereits mehrfach ein solches Recht anerkannt[276]). Glaubt man, keiner dieser beiden Annahmen folgen zu können, dann ist es aber auf keinen Fall gerechtfertigt, aus dem gleichheitlichen Zweck des § 826 BGB. und der Bestimmung des UWG. — nach Lehmann[277]) ist es überhaupt zweifelhaft, ob ein solcher vorhanden ist — zu folgern, daß einem jeden in §§ 823 ff. geschützten Interesse eine Unterlassungsklage zu gewähren sei. Man könnte höchstens den Grundsatz daraus ableiten,

---

267) a. a. O. Vorbem. zu § 823.
268) Erl. IV 2 zu § 823.
269) 7. Aufl. Bd. I S. 678, 699.
270) a. a. O. S. 166 ff.
271) Iher. Jb. 69 S. 139 f.
272) a. a. O. S. 365.
273) a. a. O. S. 268.
274) Lau, Gruchot Bd. 47 S. 497 ff.; Oertmann, DJZ. 1904 S. 616 ff.; Oertmann, Komm. Vorbem. zu § 823 ff.; Staud., Komm. Vorbem. zu §§ 823 ff., Lippmann, Seuff. Bl. 1910 S. 125 ff.; v. Blume, a. a. O. S. 383 ff.; Ulrich, Iher. Jb. 64 S. 227 ff.; H. A. Fischer, Schaden S. 319 Anm. 7.
275) a. a. O. § 465.
276) RGZ. 48, 114; 56, 271; 58, 24; 64, 52; 65, 210; 77, 218.
277) a. a. O. S. 124.

daß gegenüber gegen die guten Sitten verstoßenden Handlungen eine vorbeugende Unterlassungsklage zulässig ist.

Der Haupteinwand, der gegen die „Theorie vom verbotsgesetzlichen Unterlassungsanspruch“ [278]) erhoben wird, ist der, daß sie von einer Gleichstellung der Auferlegung einer Pflicht und der Gewährung eines Rechts ausgeht und damit in denselben Fehler wie Eltzbacher verfällt, in jeder begünstigenden Seite eine Rechtsnorm, in jedem rechtlich geschützten Interesse ein Recht zu sehen.

In der Rechtsprechung des Reichsgerichts findet sich allerdings kein Anhaltspunkt dafür, daß es diese Identifizierung von Recht und Rechtsgut vertritt. Es sieht vielmehr in den in § 823, I genannten Lebensgütern mit der herrschenden und richtigen Ansicht trotz dieses Rechtsschutzes keine Rechte [279]). Und so ist anzunehmen, daß das RG. keineswegs in jeder Beziehung Auferlegung einer Pflicht und Gewährung eines Rechts als gleichbedeutend ansehen will.

Aber es fragt sich, ob das RG. nicht mit seiner „Erwägung“, daß in beiden Fällen eine Klagmöglichkeit gegeben sein müsse und mit seiner „Annäherung“ der bloßen Rechtsgüter an die absoluten Rechte, indem es die Verbote des 25. Titels als ausreichende Grundlage für die Gewährung einer Unterlassungsklage ansieht, damit in Wahrheit den betreffenden Rechtsgütern den Charakter absoluter Rechte zuerkennt. Kipp [280]), der die „Neubildung“ des Reichsgerichts „mit Freuden begrüßt“, zieht diese in der Gewährung der Unterlassungsklage liegende Folgerung, weil die Unterlassungsklage das „ureigenste Kennzeichen des absoluten Rechts“ sei, und Gierke [281]) weist darauf hin, daß die Ausdehnung des Klagschutzes mit der von der h. M. noch nicht überwundenen unzulässigen Verengerung des Begriffs des subjektiven Rechts schwer vereinbar sei. Mit ihnen ist die aufgeworfene Frage zu bejahen, und deshalb muß man dem RG. den Vorwurf mangelnder Folgerichtigkeit machen, wenn es behauptet, mit der Gewährung der Klage werde der Charakter des rechtlich geschützten Interesses nicht geändert. Denn der grundsätzliche Unterschied, der zwischen einem Recht und einem rechtlich geschützten Interesse besteht, ist der, ob der Begünstigte die zu seinen Gunsten getroffenen Verbote und Gebote selbst geltend machen kann oder nicht. Fälle, in denen trotz des Vorhandenseins einer Klage ein Recht nicht anzunehmen ist (z. B. beim Besitz), sind lediglich Ausnahmeerscheinungen kraft gesetzlicher Bestimmungen, wie andererseits einem absoluten Recht ausdrücklich die Klagmöglichkeit abgesprochen sein muß. Die den absoluten Rechten zukommende Eigenart, auf jeden auch nur objektiv widerrechtlichen Eingriff für den Fall der Wiederholungsgefahr eine Unterlassungsklage hervorzurufen, kann nicht analog auf rechtlich geschützte Güter übertragen werden.

Bedenklich muß die Begründung des Reichsgerichts auch deshalb erscheinen, weil man zu einem klagbaren Anspruch auf ein Tun kommen müßte, wenn die Auferlegung einer Pflicht wirklich die Gewährung einer Klage bedeuten würde. Die Auferlegung der Streupflicht bei Eisglätte

---

[278]) v. Blume a. a. O. S. 390.
[279]) RGZ. 51 S. 373; 64, 156.
[280]) zu Windscheid, Bd. II S. 959.
[281]) Bd. III S. 977.

würde zur Folge haben, daß jeder dadurch Begünstigte im Klagewege die Erfüllung dieser im Interesse des Publikums bestehenden Pflicht erzwingen könnte[282]). Überhaupt führt die Theorie des Reichsgerichts ebenso wie diejenige Eltzbachers nach unseren Untersuchungen über das Schutzgesetz dazu, einem jeden eine eigene Klage gegenüber einer Vielzahl von Handlungen zu geben, die in erster Linie um der Gesamtheit des Publikums willen und daneben in mehr oder minder starkem, vielfach nur geringem Maße um des einzelnen Willen geboten oder verboten sind. Die „Popularklage würde damit im heutigen bürgerlichen Rechte eine fröhliche Auferstehung feiern"[283]).

Damit kommen wir auch zu der Frage, ob es wirklich unserem Rechtssystem entspricht und vor allem auch praktisches Bedürfnis ist, in allen Fällen, wo eins der unzähligen Straf- oder Polizeigesetze, irgendeine unbedeutende ortspolizeiliche Verordnung den Schutz irgendeines menschlichen Interesse bezweckt, eine Unterlassungsklage zu gewähren. Wie gegen Eltzbacher ist auch gegen die Theorie des Reichsgerichts einzuwenden, daß mit einer derart ausgedehnten Klage die „Prozeßsucht, das Querulantentum und die Ueberangst großgezogen würde"[284]).

Trotzdem ist das Hauptargument zur Rechtfertigung der Unterlassungsklage in den Entscheidungen des Reichsgerichts immer wieder ein behauptetes „Rechtsschutzbedürfnis". Auch Flad[285]) begnügt sich, ohne die von ihm selbst angeführten Bedenken gegen die Theorie des Reichsgerichts einer näheren Prüfung zu unterziehen, mit der Feststellung, daß die Rechtsprechung die theoretischen Zweifel geprüft habe, sich für ihre Entscheidungen aber auf die Gerechtigkeit, auf das im Gebiete ihrer Wahrnehmungen und Erfahrungen hervorgetretene praktische Bedürfnis berufen habe.

Salinger[286]) weist an Hand der vom RG. entschiedenen Fälle nach, daß die Unterlassungsklage praktisches Recht insbesondere nur für die üble Nachrede sei. Zwar meint Flad[287]), die Unterlassungsklage nehme an allen Aktualitäten teil und eröffne Ausblicke auch in künftige Anwendungsgebiete. Aber trotzdem ist Salingers Behauptung richtig. Denn das RG. gewährt in seiner Praxis die Unterlassungsklage in Wirklichkeit nur zum Schutze einzelner bestimmter Rechtsgüter, so insbesondere zum Schutz der Ehre, des Kredits, des Erwerbs und des Fortkommens.

3. Ein so weitgehendes „Rechtsschutzbedürfnis", das die Gewährung einer Unterlassungsklage für alle in den §§ 823 ff. geschützten Rechtsgüter rechtfertigt, ist in Wahrheit auch nicht vorhanden. Den besten Beweis dafür bietet die Tatsache, daß das RG. selbst sich veranlaßt gesehen hat, unter Beibehaltung seiner verfehlten Konstruktion noch bedenklichere Einschränkungsversuche zu machen, über die Salinger[288]) das Wort prägt: „Das Reichsgericht gleiche dem Zauberlehrling, der

[282]) v. Blume, a. a. O. S. 393.
[283]) Ebda., S. 390.
[284]) Hedemann, Arch. Bürg. R. 31 S. 358.
[285]) a. a. O. S. 367.
[286]) a. a. O. S. 283.
[287]) a. a. O. S. 378.
[288]) a. a. O. S. 271.

nach Möglichkeit versucht, die von ihm beschworenen Geister wieder loszuwerden."

Schon Lau[289]) hatte als Gegner des Reichsgerichts darauf hingewiesen, daß trotz der allgemeinen Fassung des Rechtssatzes, aus dem die Unterlassungsklage hergeleitet werde, aus dem zur Rechtfertigung dieses Rechtssatzes herbeigezogenen Bedürfnis die Versagung der Unterlassungsklage zu folgern sei, wo eine öffentliche Strafe angedroht ist. Denn hier versage das Hauptargument „Rechtsschutzbedürfnis". Und das RG. hat unter Berufung auf Lau, weil die Unterlassungsklage aus dem Gesetz entwickelt sei, um einem Rechtsschutzbedürfnis zu genügen, und weil an diesem die Unterlassungsklage ihre verständige Schranke finden müsse, ihre Gewährung insbesondere dann versagt, wenn die in Frage stehende unerlaubte Handlung schon durch ein Strafgesetz unter öffentliche Strafe gestellt war[290]). Das wurde damit begründet, daß sonst Rechtsverletzungen im Übermaß ohne innere Nötigung vor den Zivilrichter gezogen würden. Das Gewicht und Ansehen der Strafdrohung werde durch das Hinzufügen einer Strafdrohung durch den Zivilrichter in einer für die Gesamtrechtspflege abträglichen Weise geschwächt und angesichts der Einheit der ganzen Rechtsordnung könne ein Bedürfnis nach einer Untersagung (bei Strafe) durch Zivilurteil da nicht anerkannt werden, wo bereits eine öffentliche Strafandrohung jedermann Unterlassung anbefehle[291]). Trotz einer öffentlichen Strafdrohung sollte die Unterlassungsklage aber zulässig sein, wenn ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis dargetan werde[292]).

Nachdem diese Einschränkung der allgemeinen Unterlassungsklage bereits im Schrifttum[293]) schärfsten Widerspruch gefunden hatte, ist sie neuerdings vom II. Zivilsenat des Reichsgerichts[294]) wieder fallengelassen worden. In RG. Z. 124 S. 253 heißt es dann allerdings wieder, die Richtigkeit jener Entscheidung könne dahingestellt bleiben. Das RG. (der VI. Senat) sucht hier auf Umwegen zu ähnlichen Ergebnissen wie die frühere Rechtsprechung zu kommen, so daß das RG. doch an einer möglichst eingeschränkten Gewährung der Unterlassungsklage festzuhalten scheint.

Teilt man den Standpunkt des Reichsgerichts, daß in der Auferlegung einer Pflicht, jeweils auch die Gewährung einer Unterlassungsklage zu erblicken ist, dann müssen die vom RG. gemachten Beschränkungsversuche aufs schärfste zurückgewiesen werden.

Wenn wirklich Recht und Rechtsgut in bezug auf die Unterlassungsklage gleichzubehandeln sind, dann ist nicht einzusehen, warum bei Rechtsgütern eine Beschränkung gelten soll, die beim absoluten Recht nicht gemacht wird. Denn die Klagen aus den §§ 12, 862, 1004 usw. erleiden mangels einer gesetzlichen Bestimmung keine Beschränkung dadurch, daß neben ihnen für die in Frage kommenden Handlungen eine öffentliche Strafdrohung besteht[295]).

---

289) a. a. O. S. 503.
290) RG. 77 S. 217; 82, 59; 88, 129; 91, 265; 95, 268, 339; 98, 36.
291) RG. 77, 217; 98, 36.
292) RG. 82, 59; 88, 130.
293) Enneccerus I, 2 § 465 Anm. 16; Delius, JW. 1913 S. 8.
294) Bd. 116 S. 155.
295) s. auch Flad a. a. O. S. 370.

Einzuwenden ist gegen die Beschränkungsversuche, daß die mit einer öffentlichen Strafdrohung einerseits und einer privaten andererseits verfolgten Zwecke durchaus verschiedene sind. Bei der ersteren handelt es sich um den Schutz der Allgemeinheit, bei der letzteren lediglich um das Interesse des einzelnen. Ein weiterer Einwand ist der, daß der Straf- und Zivilrichter an ihre gegenseitigen Entscheidungen nicht gebunden sind. Deshalb würde beispielsweise beim Boykott der Zivilrichter abweisen können, weil dieser als grober Unfug bereits mit Strafe bedroht sei, der Strafrichter dagegen eine Bestrafung ablehnen können, weil Boykott kein grober Unfug sei [296]). Schließlich ist darauf hinzuweisen, wie bedenklich es ist, dem richterlichen Ermessen die Frage zur Entscheidung zu überlassen, ob im einzelnen Fall ein genügendes Rechtsschutzbedürfnis dargetan ist, das den Klaganspruch rechtfertigt [297]). Dieser Einwand würde in noch stärkerem Maße gegen eine Theorie gelten, die die Gewährung der Unterlassungsklage überhaupt, nicht nur die Frage des Ausschlusses der Beschränkung, von dem Nachweis eines Rechtsschutzbedürfnisses abhängig machen wollte. Die Frage, ob ein Gut schutzbedürftig ist, ist in allererster Linie vom Gesetzgeber zu entscheiden, will man nicht durch die weitgehende Heranziehung des subjektiven richterlichen Ermessens eine große Rechtsunsicherheit in die Praxis unserer Gerichte bringen.

Sind die Beschränkungsversuche, die das RG. macht, abzulehnen, dann wird damit die Unterlassungsklage über das Bedürfnis hinaus gewährt. Damit fällt die Rechtfertigung des vom RG. aufgestellten Satzes, daß die Auferlegung einer Pflicht die Möglichkeit einer Klage gewähren müsse, die das RG. gerade in dem Rechtsschutzbedürfnis findet, und damit verliert die Theorie des Reichsgerichts ihre stärkste Stütze. Denn ohne derartige Einschränkungen kommt sie zu denselben Ergebnissen wie die Eltzbachers, und dessen Theorie wird von einem so überzeugten Anhänger des RG. wie Flad [298]) gerade um ihrer Ergebnisse willen bekämpft.

4. Aus der gegebenen Darstellung und Würdigung der Theorie des RG. dürfte sich ergeben haben, daß von ihr keineswegs eine Erstreckung der Unterlassungsklage auf alle irgendwie beschaffenen Rechte, also auch auf die Forderungsrechte, vorgenommen worden ist. Das wird von Oertmann [299]) und Leonhard [300]) zu Unrecht behauptet.

Von ihnen dürfte aber verkannt werden, daß die Theorie des RG. das Rechtsschutzbedürfnis nicht zur theoretischen Begründung der allgemeinen Unterlassungsklage verwendet. Der Versuch, aus dem Gesetz eine allgemeine Unterlassungsklage zu entwickeln, ist zwar gemacht worden, um ein vermeintliches Rechtsschutzbedürfnis zu befriedigen. Aber das behauptete Bedürfnis wird nur zur Rechtfertigung der Ergebnisse der Theorie, die einen Schutz aller in den §§ 823 ff. geschützten Rechtsgütern in Gestalt der allgemeinen Unterlassungsklage gewähren will, benutzt. Zwar lassen die Beschränkungsversuche, die übrigens nicht

---

296) Lesser, a. a. O. S. 115.
297) Salinger, a. a. O. S. 275.
298) a. a. O. S. 354.
299) Komm. II, 2 S. 1370.
300) Schuldr. S. 11 unter Hinweis auf Enneccerus § 465 u. die dort zitierten Entscheidungen.

von allen Anhängern der Reichsgerichtstheorie mitgemacht werden — so vor allem nicht von Enneccerus [301])—, die Frage aufkommen, ob es dem RG. mit seiner „Theorie von verbotsgesetzlichen Unterlassungsanspruch" wirklich ernst ist, ob nicht doch das Rechtsschutzbedürfnis im Einzelfalle die ausschlaggebende Rolle spielen soll, und die theoretische Konstruktion nur ein dürftiger Deckmantel ist, um sich nicht ganz vom Gesetz zu entfernen, wie man es tun würde, wenn man nur das Vorbeugungsinteresse als Begründung heranziehen wollte.

Aber es ist trotzdem nicht anzunehmen, daß das RG. die Unterlassungsklage, auch wenn ein Interesse an einem vorbeugenden Rechtsschutz bestehen sollte, über den Kreis, der in den §§ 823 ff. geschützten Rechtsgüter hinaus gewähren will. Forderungsrechte werden nach der Theorie des Reichsgerichts nur so weit geschützt, als sie nach den §§ 823 ff. bei einer Verletzung eine Schadenersatzpflicht erzeugen.

Daß eine Theorie, die lediglich unter Hinweis auf die „Lebensbedürfnisse" dem nur obligatorisch berechtigten Mieter eine Unterlassungsklage gewähren will, in unserem Recht keine Stütze finden kann, wurde bereits im I. Teil gesagt. Mit Recht weist Leonhard [302]) darauf hin, daß ein derartiger Schutz des nur Forderungsberechtigten schon deshalb unhaltbar erscheine, weil die bloße Gefährdung eines Rechts nicht stärkeren Schutz genießen könne als die bereits erfolgte Verletzung. Und die bloße Verletzung eines Forderungsrechts erzeugt eine Schadenersatzpflicht ja nur, soweit es sich um die Außenwirkung des Forderungsrechts, um das „Eigentum an der Forderung" handelt [303]). Die Gewährung einer Unterlassungsklage würde eine bedeutsame Durchbrechung der Grundregel bedeuten, daß Forderungsrechte nie allwirksam sind, und würde, da hierin der grundlegende Unterschied zwischen absolutem und relativem Recht liegt, zu einer Verwischung des Unterschiedes zwischen diesen beiden Arten von Rechten führen.

Dieser letztere Einwand trifft auch diejenigen, die der Theorie des RG. folgend bei jedem Eingriff in ein durch die §§ 823 ff. geschütztes Recht oder Rechtsgut im Falle der Wiederholungsgefahr eine Unterlassungsklage gewähren wollen und zu den „sonstigen Rechten" auch die Forderungsrechte zählen, so insbesondere Cosack [304]). Gegen diese Ansicht kann zwar nicht geltend gemacht werden, daß sie die Gefährdung stärker schütze als die Verletzung. Aber Cosack sieht doch selbst den Hauptunterschied zwischen relativem und absolutem Recht darin, ob ein Recht seinem „Hauptinhalt nach nur gegen einzelne bestimmte Personen oder gegen jede beliebige Person wirke" [305]). Das hätte ihn veranlassen müssen zu prüfen, ob nicht die Theorie des RG. oder die Einbeziehung der Forderungsrechte unter die „sonstigen Rechte" oder, wie hier angenommen wird, gar beides falsch ist.

C. Die Theorie Oertmanns (§ 249).

Zum Schluß bleibt noch die in der Rechtslehre und auch in der Rechtsprechung vertretene Anschauung zu erörtern, daß mit dem

---

301) Bd. I, 2 § 465.
302) Schuldr. S. 11.
303) s. oben S. 28.
304) a. a. O. 7. Aufl. Bd. I S. 670, 678, 699.
305) Ebda. S. 40, 41.

Prinzip der Naturalherstellung (§ 249) das Bedürfnis nach einer allgemeinen Unterlassungsklage befriedigt werden kann.

Der Gedanke findet sich zuerst bei Kohler[306]): Der Grundsatz des § 249 sei ungeheuer weittragend. So habe, wenn der Schaden des einen in dem Handeln des andern bestehe, jener einen Schadenersatzanspruch darauf, daß das Handeln unterbleibe. Aus dem verbotenen Tun könne man also einen Anspruch auf Unterlassung ableiten. Ihre theoretische Begründung hat diese Ansicht aber vor allem durch Oertmann[307]) gefunden. Er sagt, bei schuldhaftem Verhalten des in Anspruch zu Nehmenden erzeuge das Delikt einen Unterlassungsanspruch zwar nicht neben dem Ersatzanspruch, wohl aber möglicherweise als eine besondere Erscheinungsform desselben. Ein solcher „wiederherstellender Unterlassungsanspruch" soll bestehen, soweit eine unerlaubte Handlung schon eingetreten ist, aber noch nicht abgeschlossen vorliegt, soweit also das rechtswidrige Verhalten der Gegenwart angehört, so bei einheitlichen Dauerhandlungen, wie bei einer Freiheitsberaubung und bei einer Störung der Nachbarn durch einen Bordellbetrieb. Aber auch bei einer durch „einheitlichen Plan und Zweck zusammengehaltenen Mehrheit physischer Handlungen", wie z. B. bei gewohnheitsmäßigem Reiten oder Gehen über ein fremdes Grundstück, bei andauerndem Klavierspielen, um den Stubennachbarn an der Arbeit zu hindern (unter Verstoß gegen § 826), bei vorsätzlicher Belästigung des Nachbarn durch Halten eines bissigen Hundes, bei fortdauernder Beunruhigung durch Bedrohen soll nach Oertmann ein Unterlassungsanspruch gegeben sein. Denn die Unterlassung erscheine in solchen Fällen als geeignetes Mittel, den bereits eingetretenen „Zustand der Beunruhigung oder Verwertungsbeschränkung" zu beseitigen und den früheren Zustand wieder herzustellen.

Dieselbe Grundanschauung findet sich auch bei Lehmann[308]), Staudinger[309]), Ulrich[310]), Lesser[311]) und in den Entscheidungen OLG. Bd. 27 S. 181 ff., Bd. 28 S. 271 ff.

Diese Lehre hat eine starke Gegnerschaft gefunden[312]), trotzdem, wie v. Blume (a. a. O. S. 393) meint, der Gedanke bestechend ist, mit Bestimmungen über den Schadenersatz wegen unerlaubter Handlung gegenüber Belästigungen durch Geräusche oder Gerüche zu helfen. Dieser Gegenmeinung ist darin zu folgen, daß der Anspruch aus den §§ 823 ff., 249 in einem engeren Rahmen besteht, als das von Oertmann und den oben genannten Vertretern seiner Theorie angenommen wird.

Da es sich um eine Erscheinung des Schadenersatzanspruchs handelt, ist zunächst festzustellen, daß der Gesichtspunkt des vorbeugenden Rechtsschutzes, wie er sonst die Untersuchung über eine allgemeine Unterlassungsklage beherrscht, verlassen worden ist. Es handelt sich um die

---

[306]) In Holtzend. Enzykl. 6. Aufl. Bd. I S. 651.
[307]) In DJZ. 04 S. 622.
[308]) a. a. O. S. 223 f.
[309]) Komm. II, 3 S. 1759.
[310]) In Jher. Jb. 64, 246 ff.
[311]) In Arch. Bürg. R. Bd. 38 S. 102.
[312]) Dernburg-Raape a. a. O. § 388 a; Eltzbacher a. a. O. S. 216 ff.; v. Blume a. a. O. S. 392 ff.; Flad a. a. O. S. 355 ff.

Zurücknahme oder Beseitigung eines schädigenden Zustandes, warum hier auch von einem Beseitigungsanspruch [313]) gesprochen wird. Dieser Unterlassungsanspruch, der im technischen Sinne also keiner ist, wird unbedenklich bei einem Dauerzustand gewährt werden können und beispielsweise auf Schließung eines Bordellbetriebs im Nachbargrundstück, auf Abnahme einer beleidigenden Tafel oder auf Aufhebung eines schädigenden Verbotes oder von Sperrmaßregeln gegen Gewerbetreibende oder auf Entfernung von störenden Einrichtungen auf dem Grundstück des Schädigers gehen können. In allen Fällen handelt es sich um Maßnahmen, die vom Verletzer zu ergreifen sind, um den Schadenszustand zu beseitigen.

Bei einer Mehrheit physischer Handlungen — mögen sie auch durch Plan und Zweck zusammengehalten sein — besteht ein derartiger, nach außen in Erscheinung tretender Zustand, der durch irgendwelche Maßnahmen des Störers beseitigt werden könnte, nicht, sofern man nicht das bloße Unterlassen als eine geeignete Maßnahme ansieht, den hervorgerufenen Zustand der Beunruhigung zu beseitigen. Das Letztere ist aber nicht möglich, da ein Nichthandeln eine Veränderung nicht bewirken kann [314]), allenfalls könnte das die mit dem Urteil ergehende Strafdrohung (§ 890 ZPO.), und die letztere kann es auch dann noch nicht, wenn durch sie noch keine genügende Gewähr für die Unterlassung der unerlaubten Handlung gegeben ist. Überdies hat v. Blume [315]) schon darauf aufmerksam gemacht, daß es ein Trugschluß ist, wollte man mit der Strafdrohung und der durch sie herbeigeführten Vermehrung der Sicherheit des Verletzten die Unterlassungsklage für gerechtfertigt halten, weil die letztere ja einen Unterlassungsanspruch voraussetzt, der erst als besondere Erscheinungsform des Entschädigungsanspruchs zu begründen ist.

Auch gegen die Theorie Oertmanns ist der gegen die Reichsgerichtstheorie geltend gemachte Einwand zu erheben, daß sie zur Beseitigung von Beunruhigungszuständen ebenso wie Ansprüche auf Unterlassung auch Ansprüche auf ein Tun anerkennen müßte.

So ist auch diese Theorie, die den § 249 zur gesetzlichen Grundlage eines Unterlassungsanspruchs machen will, als zu weitgehend abzulehnen, weil sie durch eine „ungehörige Erstreckung des Begriffs des Schadensersatzes" [316]) zu einer Vermischung des Unterschiedes zwischen vorbeugendem und ausgleichendem Rechtsschutz führt.

Für den § 249 besteht ein enges Anwendungsgebiet, soweit es sich um Dauerzustände handelt, die der Gegenwart angehören, und bei denen von einer Wiederherstellung des früheren Zustandes die Rede sein kann. Für die übrigen von Oertmann behaupteten Fälle des gewohnheitsmäßigen Fahrens und Gehens über ein Grundstück, des Kegelns und Klavierspielens des Nachbarn usw. ist, weil es sich hier in Wahrheit um die Abwehr künftiger Beeinträchtigungen gleicher Art handelt, eine Beseitigung des gegenwärtigen Zustands der Beunruhigung durch die Unterlassung als solche nicht möglich ist, ein derartiger Anspruch nicht gegeben.

---

[313]) Warneyer 1915 Nr. 127.

[314]) v. Blume a. a. O. S. 393.

[315]) S. 394.

[316]) v. Gierke, Dt. Privatr. Bd. III S. 975.

D. Das Ergebnis der Untersuchungen der verschiedenen, über eine allgemeine Unterlassungsklage aufgestellten Theorien dürfte die Erkenntnis sein, daß alle Versuche einer Konstruktion, die nicht davon ausgehen, daß grundsätzlich nur absoluten Rechten eine Unterlassungsklage entspringt, sich vom Boden des Gesetzes allzusehr entfernen. Aus den Einzelbestimmungen, die unser Recht über die Gewährung einer Unterlassungsklage aufgestellt hat, ist lediglich eine alle Ausschlußrechte umfassende Regel abzuleiten, so daß die Ausdehnung der Unterlassungsklage auf bloße Forderungsrechte und rechtlich geschützte Interessen als dem Gesetz widersprechend abgelehnt werden muß.

Lebenslauf.

Am 20. Februar 1909 wurde ich in Rümelingen in Luxemburg als Sohn des Kaufmanns Wilhelm Kregel und seiner Ehefrau Mathilde, geb. Pütz, geboren. 1912 verzogen meine Eltern nach Ars an der Mosel bei Metz. Ostern 1915 kam ich in die dortige Volksschule, wechselte dann aber mehrfach die Schule. So besuchte ich von 1916—1918 die Mittelschule in Verden (Aller), die Volksschule in Ars, die Oberrealschule in Metz und die Volksschule in Rümelingen in Luxemburg. Nach dem Tode meiner Mutter kam ich im Herbst 1918 zu meinem Onkel nach Osterwieck am Harz und besuchte hier 2 Jahre die Mittelschule.

Im Herbst 1920, nachdem mein Vater sich nach seiner Ausweisung aus Elsaß-Lothringen in Hannover eine neue Existenz gegründet hatte, wurde ich Schüler der Leibnizschule in Hannover. An ihr bestand ich Ostern 1927 die Reifeprüfung.

Am 26. April 1927 wurde ich an der Philipps-Universität zu Marburg immatrikuliert und hörte hier in vier Semestern bei den Herren Professoren Engelmann, Genzmer, Gerber, Jung, Köppe, Leonhard, Ludewig, Manigk, Merk und Troeltsch. Im 5. und 6. Semester studierte ich an der Universität Göttingen, hörte hier bei den Herren Professoren v. Hippel, Honig, v. Gierke, Jessen, Mirbt, Niedermeyer, Oertmann und Schoen und meldete mich dann am 15. April 1930 beim Prüfungsamt am OLG. Celle zur ersten juristischen Staatsprüfung. Diese bestand ich am 4. Oktober 1930. Am 5. November 1930 wurde ich zum Referendar ernannt und gleichzeitig zur Erledigung meiner Doktorprüfung beurlaubt. Diese bestand ich am 9. März 1931.

Am 11. März 1931 trat ich meinen Vorbereitungsdienst beim Amtsgericht in Verden a. d. Aller an.

Herrn Geheimrat Professor Dr. Fr. Leonhard, der mir die Anregung zur Abfassung der vorliegenden Abhandlung gegeben hat, danke ich herzlichst.